✠

22

21

DEFENSA,

QUE HACE

DON JOSEF ARIAS DE SAAVEDRA,

EN EL PLEITO

CON

SOROR FRANCISCA CABALLERO,

RELIGIOSA EN EL REAL MONASTERIO DE SAN CLEMENTE DE ESTA CIUDAD,

SOBRE

LA SUCESION DEL MAYORAZGO, QUE FUNDÒ

DOÑA ELVIRA VARELA,

CON MOTIVO DE LA VACANTE CAUSADA por muerte de la Marquesa del Cazar, hermana de dicha Religiosa.

CON LICENCIA DE LOS SEÑORES REGENTE, Y OIDORES DE LA REAL AUDIENCIA:

En Sevilla, en la Oficina de D. Josef de S. Romàn y Codina, calle las Armas, junto à S. Antonio Abad. Año de 1786.

PARA MANIFESTAR DON JOSEF ARIAS de Saavedra el derecho, que tiene al Mayorazgo, que fundò Doña Elvira Varela; y que se declare haversele transferido por ministerio de la Ley su posesion Civil, y natural, revocandose la providencia del Teniente de Utrera, que la declarò transferida à Doña Maria Francisca Caballero; tiene que acreditar, que està llamado, y que ha llegado el caso de su llamamiento: en lo primero no hai duda; este Mayorazgo se fundò para Doña Maria Paula Caballero, y sus Descendientes; y acabada esta Linea, y las de los Descendientes de la dicha Doña Elvira, dispuso esta, que sucediese la Linea de Don Fernando Arias de Saavedra Marmolejo su Primo, y Cuñado: no se niega, que Don Josef Arias de Saavedra es nieto legitimo del expresado Don Fernando: asi lo ha justificado, y la disputa no està en su llamamiento.

El Pleito consiste, en que Doña Maria Francisca Caballero, Religiosa en el Convento de San Clemente, y ultima descendiente de la Fundadora, defiende, que mientras viva, no ha llegado el tiempo, de què suceda la descendencia de Don Fernando Arias de Saavedra: si se logra acreditar, que dicha Doña Maria Francisca no puede suceder, es sin disputa la sucesion de dicho Don Josef: para èste fin se dividirá la Defensa en tres Capitulos: en el primero se hará vèr, que el Religioso por el Voto solemne de Pobreza no es capaz de suceder en los Mayorazgos de España, aunque profese en Religion, que pueda tener bienes raices, y el Voto sea de pobreza en particular, y no en comun: en el segundo se comprobarà la incapacidad de dicha Religiosa con respecto à èste determinado Mayorazgo: y en el tercero se expondrá su ningun derecho, por obstarle la renuncia, que hizo antes de su profesion: excluìda por estos medios la citada Doña Maria Francisca Caballero ultima descendiente, viene por consequencia forzosa, que ha de suceder la Linea de

Don Fernando Arias de Saavedra, y Don Josef,
en quien se halla su primo-
genitura.

CAPI-

CAPITULO I.

QUE LOS RELIGIOSOS POR SU VOTO SOLEMNE DE Pobreza, aunque sea solo en particular, no pueden suceder en los Mayorazgos de España.

AUnque hai Autores de mucha nota, que defienden esta opinion (1); no se puede negar, que la contraria es el sentir comun de los Doctores: esta probabilidad extrinseca no ha de destruir la intrinseca, y las razones, y fundamentos que se acerquen á la verdad: *Omnis authoritas humana tantum valet, quantum & ratio* (2); esto no es discurso voluntario, sino disposicion de Ley: El Emperador Justiniano encargò al Jurisconsulto Triboniano la copilacion de las Leyes de su Codigo, y dandole reglas para su gobierno, le previene, que *neque ex multitudine authorum, quod melius & æquius est judicatote, cum possit forsitam, & deterioris sententia & multos, & majores in aliqua parte superare.* (3) Es ageno de razon, y de del deseo de buscar la verdad, y declarar el espiritu de la Ley, gobernarse solo por la autoridad de los que no trabajaron el punto: lo hizo el Sr. Castillo, y dixo, (4) que *quamvis temerarium quodammodo videatur, á tantorum Patrum judicio discedere, si tamen veritati omnia cedere debent.... ea sententia mihi equidem nunquam placere potuit, nec etiam nunc post longam, importunamque considerationem, et auctorum omnium evolutionem placet:* y con este principio pasa à fundar la incapacidad de los Religiosos para suceder en Mayorazgos.

Lo expuesto se comprehende mejor, reconociendo las razones, y autoridades, con que se quiere establecer la capacidad de los Religiosos para suceder en estos Vinculos: el Sr. Molina, que es uno de los Defensores de este systema, se funda, en que el Religioso es capaz de suceder en los bienes paternos, y el Monasterio en su representacion (5) y para probar dicha capacidad, alega dos disposiciones de derecho comun, y tres textos Canonicos (6): Las Leyes Civiles son ciertas, y se establecieron por el Emperador Justiniano, quando la vida Religiosa se hallaba en estado mui distinto del que actualmente tiene, y se gobernaba por otras reglas: la profesion regular en la Ley de Gracia empezò por disposicion del Evangelista S. Marcos; desde el Martyrio de S. Estevan, principiò una persecucion grave contra la Iglesia, la que hizo, que los Christianos se repartiesen

por

(1) D. Castill. tom. 3. variar. cap. 12. n. 57. Mier. de Majorat. part. 2. quæstion. 3. n. 18.

(2) Carlev. de Judit. tit. 1. Disp. 2. n. 967.

(3) L. unic. in princ. D. de Concept. Digest. §. 6.

(4) D. Castill. loc. cit.

(5) D. Molin. de Primog. Lib. 1. cap. 13. n. 95.

(6) D. Molin. loc. citat. n. 72. Authent. ingresi. c. de Episcop. & Cleric. Authent. de Monach. §. Illud.

por Judèa, Samaria (7), y otras partes: de ello resultò, que el Evangelista San Marcos los juntase en Alexandria, para que viviesen en comunidad; estos son los primeros Monasterios de que hai noticia (8): despues S. Basilio en la Iglesia Oriental, y San Benito en la Occidental dieron reglas á la vida Cenobitica: en aquellos tiempos los Religiosos hacian sus votos; pero no solemnes, sino simples; porque la solemnidad de los votos para la profesion Religiosa empezaron en el Concilio Romano celebrado el año de 1139.

Asi lo sienten Autores gravisimos, que cita, y sigue el Sr. Don Manuèl Gonzalez Trelles (9): este orden regular no se debe hacer estraño; porque en nuestros tiempos se ha conocido Religion, aprobada por la Silla Apostòlica, en la qual los votos simples hacian verdaderos Religiosos: el òrden extinguido de la Compañia del Nombre de Jesus estaba aprobado por la Iglesia, y sus Individuos profesaban con votos simples, y permanecian con ellos hasta la ultima profesion; sin que dexasen de ser verdaderos Religiosos; asi estaba declarado por varias Bulas Apostòlicas (10): la razon consiste, en que la esencia del Estado Religioso es unicamente la obligacion de seguir los consejos Evangelicos, de pobreza, castidad, y obediencia (11), y hacerlo para todo el discurso de la vida, ò perpetuamente, como entiende Sr. Santo Tomás (12); como asi sucedia con aquellos votos simples, los que los hacian eran verdaderos Religiosos.

De esta doctrina se conoce la diferencia de aquella vida regular à la presente: entonces los Regulares estaban habiles, y capaces para suceder, y adquirir herencias, donaciones, y Legados de toda clase de bienes, como sucedìa à los Jesuitas de nuestro tiempo, sin que dexasen de ser verdaderos Pobres; licitamente no tenian facultad de disponer de lo que poseìan, y gozaban (13); aunque si lo hacian, la disposicion era vàlida; como lo defienden muchos del testamento de estos Religiosos (14): Yà no parecerà estraño que el Emperador Justiniano, y otros habilitasen para suceder al Religioso, que era verdaderamente capaz de ello, y que por otro lado le dexasen sus bienes, para si en algun càso salia de la Religion.

Quando se admitiò en Francia el orden extinguido de los Jesuitas, fuè con condicion, de que los profesos de votos simples huviesen de renunciar la capacidad, que tenian para suceder en toda clase de bienes; como despues se experimentò, que solian salir de la Religion, se les admitìa para que ya extrañados de su or-

(7) Actor. Apostol cap. 8.

(8) Barbos. de Jur. Eclet lib. 1. cap. 4. n. 3.

(9) D. Gonz. in cap. 4. de Stat. Monach. n. 6.

(10) Constit. Ascēdente Gregor. XIII.

(11) C. cum ad Monasterium 6. in fin. de Stat. Monac.

(12) D. Thom. 2. 2. quæst. 186.

(13) Smchmalzgrueb. de Stat. Monach. §. 1. n. 4.

(14) Citat. Smchmalzg. n. 8 & D. Gonz. in cit. cap. 4. de Stat. Monac.

orden, pudiesen repetir por las herencias, y sucesiones que havian perdido, estando en èl (15): en vista de ello no es cosa singular, que los Emperadores con el mismo respecto tomasen el medio de habilitar los Religiosos, para que pudiesen gozar el derecho de sncesion, de que no los excluìa su estado; sì lo es, que unos Hombres tan grandes como los que defienden la capacidad de suceder de los Regulares en los Mayorazgos, no advirtiesen la diferencia de tiempos, y con la autoridad de las Leyes Civiles de entonces, quieran fundar ahora su systema; quando no se puede negar, que aquellas disposiciones decian respecto à la constitucion que tenian los Regulares en aquel: *Valide tamen testamentum, et alios contractus veteres Monachos potuisse celebrare, juxta quorum sententiam accipiendi sunt textus in dicta Novella 5. Leonis, et alii supracitati*, que dixo el Sr. Don Manuèl Gonzalez (16).

(15) Van esp. de Univers. Jur. Eccles. tom. 1. part. 1. tit. 29. cap. 2. n. 9.

(16) Citat. D. Gonz. in citat. cap. 4.

Lo principal es, que el Emperador Arcadio alterò, y revocò las disposiciones de Justiniano en orden á la sucesion de los Monjes, de que se hace memoria en el Codigo Teodosiano (17): de esta novedad hizo mencion San Geronymo, no quexandose de las nuevas Leyes, sino de las causas que las havian producido: *Sacerdotes idolorum, mimi, et aurigæ, et scorta hæreditates capiunt; solis Clericis, et Monachis hoc lege prohibitur, et prohibetur non à persecutoribus, sed à Principibus Christianis: nec de lege conqueror, sed doleo, cur meruerimus hanc legem* (18): *cauterium bonum est, sed quo mihi vulnus, ut indigeam cauterio? Provida severaque legis cautio, et tamen nec sic refrænatur avaritia.* En quanto à otros Dominios, en Francia, y varios Reynos no consta que huviesen sido admitidas las disposiciones de los Emperadores, y hai costumbre immemorial de que los Regulares sean incapaces de suceder aùn à sus propios Padres (19): en nuestra España es inutil disputar, si en algun tiempo tuvieron lugar las Leyes Civiles; por las de partida en los bienes de los Clerigos se manda, que sucedan las Iglesias en defecto de Parientes, y no se ha de dàr mas derecho à los Monasterios en los bienes de sus Religiosos, que el que tienen las Iglesias Parroquiales en el caudal de los Eclesiasticos (20): es verdad, que la Ley habla de Sucesiones abintestado; pero los Monasterios no adquieren por testamentos los bienes, que heredan sus Religiosos, y asi se han de preferir los Parientes al Monasterio en los caudales, que trate de adquirir en representacion del profeso.

(17) L. 20. & 27. eod. Theodos. Gotofred. in l. 1. c. de Sacrosant. Ecclet.

(18) D. Hieronym. in Epistol. ad Nepotian. prop. med.

(19) Van esp. loc. citat. n. 2. Tódut. tom. 1. resolut. cap. 95. à n. 2.

(20) L. 53. tit. 6. part. 1.

En

En las Leyes del fuero está el punto mas claro; expresamente se prohibe, que los Conventos, è Iglesias hereden bienes, de los que tienen Parientes hasta el septimo grado (21); esto es excluir à los Monasterios, y hacer inhabiles de suceder à los Religiosos; su sucesion no se sostiene en su propia persona, sino en la de su Comunidad, y excluirla de esta, es quedar inhabil, è incapaz el Monje para dicha sucesion.

(21) L. 12. tit. 2. lib. 4. For.

No se puede decir, que la Ley no està en uso, porque Don Josef Febrero en su obra pone un caso executoriado en el Supremo Consejo à favor de la disposicion (22), y con ella se juzgò en esta Real Audiencia el Pleito de la renuncia hecha à favor del Convento de las Dueñas, por Doña Maria Bernardo de Quiròs su Religiosa; con estos exemplares, espresiso estàr por la Ley.

(22) Febr. part. 1. tom. 3. cap. 14. §. 3. n. 23.

Se funda tambien la sucesion de los Regulares en disposiciones Canonicas, que cita el mismo Sr. Molina, y son el Capitulo 8. de *Probationibus*, y el 5. y 6. de *Statu Monachorum*; presindiendo, de que la sucesion de los Mayorazgos no se ha de juzgar por las Leyes Canonicas; el caso del Capitulo 8. de *Probationibus* es mui ageno de la materia: era la disputa entre los Hermanos de un Religioso, y su Monasterio; porque antes de abrazar la vida Monastica, hizo testamento, y en èl instituyò por su heredero á un ùnico hijo, haciendo substitucion à favor de sus Hermanos, si muriese en edad pupilar: despues se dedicò à Dios, ofreciendo al Monasterio todos sus bienes, y caudal, y por su muerte los Hermanos pretendian la herencia, y al Monasterio se absolviò de la demanda: aqui no se trataba de bienes, en que pretendiese suceder el Religioso, y el Convento en su nombre; el litigio era sobre los que havia llevado, y donado á su Convento; y la principal razon de decidir fuè, haverse juzgado, que no havia llegado el caso de la substitucion; porque *intelligendum non erat, sine hærede decedere, qui Monasterium sibi hæredem instituit*: es mui de admirar la expresion del Summo Pontifice Innocencio III. que confirmò esta sentencia; no se dice, que el Monasterio era heredero del Monje, sino que èste lo havia instituido por tal; se juzgò ultima voluntad la donacion que hizo, quando se dedicò á Dios, y al Instituto Religioso, y no se alcanza, porquè medios se quiera fundar con éste texto, que el Monge es capaz de suceder, y de sucesion del Mayorazgo.

Mas particular es, que se haga memoria del citado *Ca-*

pitulo 5: en èl nada se dice de sucesion, ni de bienes, y su resolucion està reducida al modo, con que havia de manejarse en una Iglesia Parroquial un Canonigo regular; y el Capitulo 6. unicamente trata de las obligaciones de la vida religiosa, y se declara, que por el voto de Pobreza nada propio ha de tener, de forma que si *quidquam alicui fuerit specialiter destinatum, non præsumat illud accipere, sed Abbati, vel Priori, vel Cellerario asignetur*: de lo expuesto no se puede inferir, que el Religioso es capaz de sucesiones, despues de la profesion, que hizo antes bien se infiere lo contrario; la Ley manda que el Religioso no reciba lo que le dieren, porque la donacion suena traslacion de dominio, y propiedad, y se explica prohibiendo, que tome lo que le señalaren, contestando en ello su incapacidad para adquirir, y disponiendo el modo, y forma, con que se han de recoger las oblasiones, y limosnas de los Fieles; menos puede servir esta disposicion, para fundar capacidad en el Religioso, para poseer Mayorazgos: podrà decirse, que estas Leyes se citan para acreditar, no la sucesion de los Regulares, sino para hacer vèr, que no pierden los derechos de sangre, y de suceder, y heredar; y de èste antecedente se saca, que por la misma regla ha de venir à recaer en ellos la sucesion de los Mayorazgos: es cierto que èste es el modo de arguir del Señor Molina, y de los demàs que siguen su opinion: despues se harà vèr, que la ilasion no es legitima: ahora se trata del antecedente, y và demostrado, que por las Leyes Civiles se habilitaron los Regulares en el Imperio Romano algun tiempo, y quando la vida Monacal se hallaba en otra disposicion; y que de los Textos Canonicos nada se deduce para establecer, como regla cierta la capacidad del Religioso, para adquirir herencias, y sucesiones.

La profesion Religiosa hace que el Monje se tenga, y repute por muerto; como no existente, no es dable que tenga capacidad de adquirir: la muerte es civil, porque procede de la disposicion de la Ley; esto no quita que se equipáre á la natural: el Señor Gregorio Lopez se hizo cargo de la muerte, que induce la Profesion religiosa, y de las dos opiniones, que havia en orden, asi el Padre que profesa, debia entregar à los hijos las legitimas desde el punto de la profesion; ò si el Monasterio havia de percebir estos bienes, administrarlos, y usufructuarlos hasta la muerte natural del Religioso; y asegura, que los Legistas defendian, que se ha de esperar à la muer-

te

te natural, y los Canonistas seguian la contraria (23): los efectos de la profesion religiosa se han de juzgar, no por las Leyes Civiles, sino por las Disposiciones Canonicas: con arreglo à ellas consultado el Summo Pontifice Celestino III. en orden al caudal de un hijo de Familia, que havia entrado con su Padre en la Religion, siendo de menor edad, respondiò (24), que si siendo de mayor edad, no quisiese continuar en la vida Monacal, estaba en libertad de dexarla, y pedir su legitima Paterna, y como no se dixo, que para recoger el caudal, havia de esperar á la muerte natural del Padre, es preciso conocer que fue, porque la muerte civil de la profesion equivalia á ella.

Es de admirar, la variedad con que en este punto se procede; el Religioso dexa el Mundo, como dice la Ley de partida (25), y muere á él, para que los bienes, y caudal de que no ha dispuesto antes de su profesion, pasen al Monasterio; muere para no poder hacer Testamento; para no tener dominio ni posesion de bienes algunos, para no tener voluntad, y en fin para todos los demàs actos civiles; y solo vive para adquirir herencias, y sucesiones: es una implicacion manifiesta establecer un acto, que produzga efectos tan opuestos, y contrarios; si muere para el Mundo, y con ello para los efectos Civiles; en que se ha de fundar la separacion del derecho de suceder por testamento, y abintestado: por esta razon se vè la variedad, con que se opina: unos dicen, que por la profesion religiosa el Monasterio ocupa el lugar de hijo del profeso, de forma, que quieren muchos que excluya aùn hasta los ascendientes legitimos (26); Menchaca, y otros pretenden, que para la adquisicion de bienes, el Religioso ocupe unas veces el lugar de hijo, y otras de esclavo. (27) Esta diversidad manifiesta sobradamente la poca firmeza de dichas opiniones, que ha obligado à sus Patronos à buscar modos, y medios opuestos, apurando para ello todas las sutilezas de la Filosofia peripatetica, que ha tenido tanto lugar hasta nuestros tiempos, en que se ha llegado á conocer, que semejantes conceptos metafisicos solo sirven de confundir la verdad, y quebrantar la Ley.

Lo que no tiene disputa es, que la vida religiosa pide voto de Pobreza, y en el dia no asi como quiera sino solemne (28): El Santo Concilio de Trento añadiò, que los Prelados Regulares no havian de consentir, que los Profesos tuviesen

(23) D. Gregor. Lop. in l. 17. tit. 1. part. 6. glos. c.

(24) Cap. cum simus 14. de Regular.

(25) L. 14. tit. 7. part. 1.

(26) Multi apud Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disp. 140 à n. 9.

(27) Menchac. de Succesion. Creat. lib. 3. §. 21. n. 250. Molin. ubi proxime n. 19.

(28) Cap. cum ad Monasterium de Stat. Monach.

sen bienes estables en usufructo, uso, administracion, ò encomienda. Con èste respecto, lo que hai que vèr es, el efecto que produce èste voto: segun la disciplina antigua, los Regulares por el Voto de Pobreza no podian tener cosa alguna (29); solo se les permitia, que con licencia de sus Prelados pudiesen tener peculio para fines licitos, y honestos, quales son las necesidades religiosas: El mismo Santo Concilio reiterò dichas disposiciones (30): en opinion de muchos restringiò las antiguas, prohibiendo el peculio de los Religiosos con licencia de sus superiores (31), y para destinos honestos: El P. Molina, despues de citar la opinion de Aspilcueta Navarro en orden, á que no es licito conceder à los Regulares redditos annuales con el titulo del Monasterio, ò como propios del Convento, y quando se tengan tan solo para el uso, concluye, con que quando no haya costumbre de ello, no se debe introducir; y haviendola, si se puede cortar sin escandalo, se debe hacer; porque esto es lo mas conforme à la disposicion conciliar (32): con relacion á ello por la Sagrada Congregacion del Concilio està declarado, que las Religiosas no retengan ni aùn lo que adquieren con el trabajo de sus manos, sino que lo entreguen á la Abadesa, para que proveyendolas de lo que necesiten, lo restante lo ponga con los caudales de la Comunidad (33), lo qual se extiende aùn à las cosas de corta consideracion.

Estas no son opiniones, ni asuntos disputables, sino Leyes; las declaraciones de la Sagrada Congregacion tienen la misma autoridad, que las disposiciones conciliares, y para èste fin se estableciò aquel Consistorio, como funda el Sr. Salgado (34): yá de lo expuesto se reconoce el efecto del Voto solemne de Pobreza, que consiste en inhabilitar, è incapacitar al Religioso, para que pueda tener ni aùn remota esperanza de adquirir bienes, y sucesiones; en ello se distingue el voto solemne del simple (35), como se dixo en el principio: no vale decir, que el que sucede, y adquiere no es el profeso, sino su Monasterio: esto es responder con la dificultad; lo que hasta aqui vá fundado es, que el Religioso por su profesion, y voto solemne, se separa del siglo, de forma, que apartò de sì todo derecho de futura sucesion, y quedò enteramente inhabil, è incapaz; y asi nada puede transferir à su Convento.

Para mayor claridad es preciso distinguir tres clases de bienes del que profesò vida Religiosa: la primera de los que te-

(29) Barbos. in Conc. Tridët. ses. 25. de Regular. cap. 2.

(30) Trident. ses. 25. de Regular. cap. 2.

(31) Barbos. in Concil. Tridentin. ses. 25. de Regular. cap. 2.

(32) P. Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disp. 276. n. 6.

(33) Belarmin. in declar. Congregat. Conc. ses. 25. cap. 2. de Regular.

(34) D. Salgad. de Suplicat. part. 2. cap. 2. à n. 8.

(35) D. Gonz. in cap. 5. de Stat. Monach. n. 6.

tenia, y de que no dispuso al tiempo de profesar: la segunda de los que adquiriò con su industria despues de profeso: y la tercera de los que proceden de herencias de Padres, Parientes, ò estraños: en quanto à los primeros està bien, que los bienes del que profesa no disponiendo de ellos, sean del Convento, olvidando la disposicion de la Ley del fuero, que prohibe, que los Conventos, Monasterios, è Iglesias hereden bienes de los que profesan, teniendo parientes hasta el septimo grado: en quanto á la segunda clase, estos bienes son del Monasterio, no por herencia, ò sucesion, sino por derecho de peculio; lo mismo sucede con el Padre de familias, que muerto el hijo, que estaba en la patria potestad no se dice que hereda, ni que es sucesor del hijo, sino que toma aquel caudal por derecho de peculio, y porque era propio aùn en vida del hijo (36).

(36) Tondut. tom. 1. Resolut. cap. 95. n. 11.

En quanto á la ultima clase de bienes, ò los adquiere el Monasterio por derecho, que le derivò el Religioso quando se verificò la sucesion, ò porque lo hizo al tiempo de profesar; una de estas dos cosas es preciso que sea, y ni lo uno, ni lo otro puede tener lugar; en el caso de este Pleyto el Convento de San Clemente pretende heredar el Mayorazgo de Doña Elvira Varela en representacion de su Religiosa: si èste le transfiriera en la actualidad el derecho de suceder, se seguiria, que lo conservaba sin embargo del Voto solemne de Pobreza, lo que es contrario à las disposiciones de la Iglesia, que vàn citadas; si se dice, que lo renunciò à favor del Convento al tiempo de la profesion, à mas de que no huvo renuncia alguna á beneficio del Monasterio sino todo lo contrario, como se expondrà à su tiempo, lo que era derecho de sangre no se pudo ceder á un extraño; el Jurisconsulto Modestino dixo: *Jus agnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat, nolle suum esse* (37). Ulpiano añadiò, que ni aun interviniendo estipulacion, y con juramento, podia tener lugar la renuncia (38); no es dable entender, que el Religioso al tiempo de su profesion pueda transferir al Monasterio sus derechos de sangre, para heredar à sus Padres, y Parientes, y suceder en Mayorazgos, y Patronatos.

(37) L. Jus agnationis, D. de Pact.

(38) L. 8. §. 16. D. eod. tit.

Para salir de esta dificultad, podrà decirse, que al tiempo de la profesion el Religioso conserva el derecho de sangre, y transfiere al Monasterio lo ùtil de èl, que son los bienes, sus rentas, y productos; entonces se sigue, que por la profesion

fesion no se desposeyò de todo lo que le pertenecìa, y conservò dichos derechos, con la particularidad de que cediò los usufructos al Monasterio, y de ellos ha de gozar el profeso con destino à sus necesidades religiosas: para èste fin hai una porcion de ficciones; el profeso cede lo util, y despues lo mismo cedido se lo dà el Monasterio, y viene à ser una especie de retrocesion, y quimera: no es dable en los derechos de sangre retener la accion directa, y renunciar la util; la una està junta con la otra: en el retracto de la cosa vendida lo resiste la ley, y la razon (39), porque es derecho de sangre, cuya accion util ha de ser siempre en utilidad del cedente, y no del Cesonario, para que no suceda lo que aqui se pretende, y es, que el Convento de San Clemente, que es un extraño de la Fundadora, posea el Vinculo de Doña Elvira Varela:

(39) D. Olea de Cesion. Jur. tit. 3. quæst. 2. à n. 5.

Por estas razones es preciso venir à concluir, con que el Religioso por el Voto solemne de Pobreza està inhabil, è incapaz de adquirir herencias, y de suceder en qualesquiera otros bienes; asi se practìca en el Reyno de Francia, y otras Provincias (40): á favor de la de Flandes en 21. de Febrero del año de 588. expidiò cierto decreto el Señor Emperador Don Carlos, declarando à los Regulares incapaces de toda sucesion, ni por sì, ni en representacion de sus Monasterios: el Voto solemne es tal, que ni aùn el Summo Pontifice lo puede dispensar en el Religioso: esto no es opinion, sino expresa disposicion de la Ley: *Quia abdicatio propietatis, sicut et custodia castitatis adeo est annexa Regulæ Monachali, ut contra eam nec Summus Pontifex posit licentiam indulgere* (41). Y nuestra Ley de partida dice, hablando de los Votos Religiosos, *que asi son allegadas estas cosas, al que toma la orden, que el Papa non puede dispensar con el que no las guarde* (42).

(40) Van espen de Jur. Eccle-siast. tom. 1. part. 1. tit. 29. cap. 2.

(41) Citat. c. cum ad Monasterium de Stat. Monach.

(42) L. 2. tit. 7. part. 1.

No se alcanza porquè motivo à un propio Voto de Pobreza, que por ser solemne tiene la firmeza propuesta, se le quiera dàr tan distinta virtud, y fuerza, y en unos Reynos se observe con el rigor que pide la vida religiosa, y que iguala à el que guardaron los Monjes de la primitiva Iglesia, cuyos votos eran simples, y en otros tenga tanta amplitud; lo expuesto no impidiò que San Gregorio mandase enterrar en un estercolero uno que muriò, dexando alguna corta cantidad (43); ahora la Ley del fuero se quiere interpretar, y restringir en España, para que los Religiosos puedan poseer Mayorazgo: el Voto de Pobreza en particular no se distingue del que es en particu-

(43) Citat. cap. cum ad Monasterium de Stat. Monac. & l. 14. tit. 7. part. 1.

ticular, y en comun, mas que en ser de menos extension el primero respecto el segundo: en la intencion es uno propio: ò de otra forma, el Voto de Pobreza en particular tiene la propia virtud para el individuo, haciendolo en Religion capaz de tener bienes, que en la que no lo ès: la diferencia està, en que en el primer orden el voto, y la promesa es una; y en el segundo hai dos, una por el Individuo, y otra por la Religion: yá se vè, que la segunda promesa no le dà mas fuerza á la primera, y solo sirve de ampliarla, y darle mas extension: si en unas, y otras Religiones es el mismo el Voto en particular, como puede suceder, que tenga tan distintos efectos, que el primero, no inhabilite, ni tenga incapaz al Religioso para herencias, y sucesiones, y sì el segundo; esto es contra el principio de derecho, de que *una & eadem res non potest diverso jure censeri* (44): nadie niega, que el que profesa en Religion, donde se guarda Pobreza en comun, queda enteramente inhabil para herencias, y sucesiones, y lo mismo ha de suceder con el que hace voto solo en particular.

(44) Barbos. axiom. 74. n. 4.

Mas pudiera decirse, para convencer el punto, y se omite; porque està mui bien, que olvidando todo lo expuesto, se conceda, que los Religiosos, que profesan solo Pobreza en particular, y no comun, sean capaces de adquirir bienes por titulo de herencias, y sucesiones; la dificultad consiste, en si esto ha de tener lugar solo en los bienes libres, ò tambien se ha de extender á los Vinculos, y Mayorazgos de España: tratando Tonduto de la capacidad de adquirir de los Regulares despues de su profesion, propone la Regla, de que se ha de distinguir de la clase de bienes; esto lo establece, hablando de uno que tenia bienes en Francia, y en el Condado de Aviñon, donde se guardaban distintas Reglas (45) en orden á la sucesion de los Monjes: si la material situacion de las Fincas produce tanta diversidad, tambien la ha de causar su naturaleza: el Santo Concilio de Trento dixo, que los bienes, que adquirian los Religiosos, se havian de incorporar con los del Monasterio (46): *Nemini igitur Regularium tam virorum, quam mulierum liceat bona immobilia, vel mobilia cujus cumque qualitatis fuerint, etiam quovis modo ab eis acquisita, tamquam propia, aut etiam nomine Conventus possidere, vel tenere; sed statim ea Superiori tradantur, Conventuique incorporentur.* Yà es preciso decir, que los bienes, que puedan adquirir los Religiosos, han de ser tales, que admitan incor-

(45) Tondut. cita. cap. 95. n. 1. & 2.

(46) Trident. ses. 25. de Regular. cap. 2.

pora-

poracion al Monasterio; esto es, que se han de unir con los del Convento, de modo, que compongan un cuerpo de caudal: los Autores, que explican la fuerza de la incorporacion, la dàn á conocer por el exemplar del vino, que se mezcla con la agua, ò con el de la union de los metales (47): la Santa Iglesia junta en aquel Concilio general, no podia ignorar la fuerza de la union, que se hace por incorporacion, y el haverla dispuesto fuè, porque quiso, que fuese tan fuerte, y eficaz la agregacion, que se hiciese al Monasterio de los bienes, que adquirian los Religiosos.

(47) D. Rox. de Almans. de Incompatib. disp. 1. quæst. 11. n. 14. & 16.

El Summo Pontifice Clemente VIII. para que no quedase duda, expidiò una Constitucion el año de 599. explicando la disposicion del Concilio, y establece: ,, Quo Tridentini ,, Decreta de paupertatis voto custodiendo fidelius observentur, præcipitur, ut nullus ex fratribus, etiam si Superior sit, bona immobilia, aut pecuniam, proventus, census, Eleemosynas, sive ex Concionibus, sive ex Lectionibus, aut pro Missis, tam in propia Ecclesia, quam ubicumque celebrandis, aliove ipsorum justo labore, & causa, & quocumque nomine acquisita, etiam si subsidia consanguineorum, aut piorum largitiones, legata, aut donationes fuerint, tamquam propia, aut nomine Conventus posidere possit; sed ea omnia statim Superiori tradantur, & Conventui incorporentur, atque cum cæteris illius bonis, redditibus pecunis, ac proventibus confundantur (48): esta Constitucion se confirmò despues por varios Summos Pontifices posteriores, que son Urbano VIII. Paulo V. Gregorio XV. Alexandro VII. Innocencio X. y ultimamente Innocencio XI.

(48) Bulla Nullus omnino relata à Concin. in Compend. Moral lib. 13. disert. 5. cap. 4. n. 3.

Ya se viene à la vista, que la confusion es union de cosas liquidas: asi lo explicò Justiniano (49), y de las uniones, es la mas eficaz, pues à penas ha descubierto el Arte medio de separar algunos liquidos mezclados, y confundidos; la misma es, la que pide el Voto de Pobreza en los Religiosos; esta incorporacion, y confusion no puede darse en los bienes vinculados, que han de estár separados, para que se guarde el orden de suceder, que dispusieron los Fundadores: en ellos no se puede verificar la sucesion del Monje, ni de su Monasterio: en estas fundaciones no puede suceder sino el que està llamado, lo qual es un principio de derecho, y la Ley dice; que *non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti*

(49) §. Si duorum 27 instit. de rer. division.

filium esse, et ad hæreditatem admissum probaberis (50): el Convento no está llamado en la fundacion, y es consiguiente preciso, que no pueda suceder.

Podrá decirse, que lo que ha de unirse à las rentas del Convento es, no los bienes vinculados, sino sus frutos, en los quales no sucede el Convento por sì, sino por medio de su Religiosa Doña Maria Francisca Caballero, que los desfrutarà, y aprovecharà en sus necesidades religiosas con licencia de su Prelada: se hizo cargo de esta respuesta el docto P. Consina, y dice, que *vendere omnia, ut omnes Patres interpretantur, & ipsum Evangelium clare obstendit... & retinere aliqua, chimæram monstrosam constituunt, & tamen hæc chimæra familiaris est*: y hablando de los que al tiempo de la profesion se reservan reditos, y frutos, se hace cargo de la misma respuesta: ,, Reponunt, se servare hos redditus non ,, sibi, sed Religioni. Religio enim absolutum dominium horum reddituum habet; religiosi merum, purumque usum, ,, facti, ex licentia, & authoritate superiorum. Dominium ,, autem non merus usus facti cum paupertatis voto repugnat. Recte, & venuste: quid appetitiones nostras explet, & ,, saturat, Dominium, an usus? Dominium absolutè sterile ,, est, & unice appetitum propter usum. Si separes ab usu ,, Dominium, hoc futile, & vanum evadit. Ego facillimè ,, tibi perfectissimum Dominium concederem, dummodo ,, usum pecuniarum Religio haberet? Quid tibi hoc in casu ,, dominium prodesset? Si maritus dominium, alter usum haberet uxoris; is ne castitatem servaret? Maritus cum suo ,, dominio continens esset, & castus; alter cum solo suo usu ,, facti venerem expleret.

Ha parecido preciso poner à la letra la respuesta de este hombre verdaderamente religioso, porque en ella se convence la poca, ò ninguna razon de la satisfaccion: no podia ignorar el P. Concina, que muchos defienden, que el dominio sin el uso no se opone al Voto de Pobreza (51): otros sienten, que el uso sin el dominio se compadece bien con la Pobreza Religiosa, con tal de que sea con la voluntad del Superior, y en ello fundan la licitud del peculio de los Regulares (52): Lo expuesto no se puede negar que es estraño, y no se dice que sea quimera, por respecto á los Patronos, y Defensores de semejantes opiniones; no se excusò à decirlo el Padre Consina como persona de mas autoridad, y añadiò, que era monstruosa, y fami-

(50) L. 1. c. Q ior. honor. D. Castill. Larr. & Rox. de Almans. Disp. 1. quæst. 13. n. 38.

(51) Laim. Les. Schmalzgrueb. de Stat. Monach. §. 1. n. 4.

(52) Mult. apud Barbos. in Concil. Trident. ses. 25. de Regular. n. 2.

familiar, lo primero por su diformidad; y lo segundo por comun, y frequente.

Porque no se diga, que no es satisfaccion suficiente responder con la autoridad aunque sea de persona tan docta, se darà solucion al argumento no con razones, sino con demostraciones, porque èste punto es uno de los principalisimos de la defensa: à la verdad no se puede decir, que aqui se trata de los frutos, y rentas del Mayorazgo, quando el Pleyto es sobre la sucesion, y el derecho de suceder; sino se dice que se trata de la dicha sucesion, como precisa para adquirir, y que conseguida la adquisicion de los frutos, se olvida, y abandona la causa que la produce; esto serìa, que el dominio de las Fincas vinculadas quedàse vagando por el aire, para que el Religioso, durante su vida, y su Monasterio hiciesen suyos los frutos, y rentas del Mayorazgo, lo qual es immediatamente contrario à las disposiciones de derecho (53): es ello tan cierto, que aùn en las cosas abandonadas de sus Dueños por no querer conservar su dominio, juzgò Proculo, *non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possesa fuerit*, y que el nuevo Dueño adquirìa su dominio, recibiendolo del antiguo para que no se verificase que vagaba en el tiempo intermedio (54): No es posible que la Religiosa Doña Maria Francisca Cavallero, y su Monasterio de San Clemente gozen de los frutos, y rentas, sin que tengan la posesion del Mayorazgo, y el dominio de sus bienes: su naturaleza excluye, que el Patrimonio de esta fundacion se incorpore, y haga uno con el caudal del Convento, confudiendose como se confunde, y hace una la agua, que se mezcla con el vino: si aquì se tratàra solo de un usufructo, se podia recurrir, à que los productos, y rentas se confundian con las del Monasterio; no sucede asi, y la disputa es sobre un Mayorazgo, cuyo Poseedor ha de ser verdadero Dueño de los bienes.

(53) L. Si ex duobus. §. Sed & Marcellus. D. de in diem adjection. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 16. n. 10.

(54) L. 2. D. Pro derelict.

Esta es otra razon, que excluye la sucesion de la Religiosa, y del Convento, que la quiere representar: En España el Poseedor del Mayorazgo tiene verdadero dominio de sus Fincas (55): lo expuesto no es opinion, ni se ha de tener por tal, sino disposicion expresa de nuestras Leyes Patrias: à mas de lo que previene la de partida (56), tenemos la recopilada, que dispone, que muerto el Poseedor, ha de pasar al sucesor immediatamente la posesion Civil, y natural del Vinculo (57): Esta posesion no es otra cosa que el dominio: el poseedor no pue-

(55) D. Molin. de prim. lib. 1. cap. 19. D. Gregor. Lop. in Leg. 7. tit. 4. part. 5. glos. de el Señorio.

(56) L. 7. tit. 4. part. 5.

(57) L. 45. Taur.

de

de enagenar, y vender los bienes vinculados, lo qual no impide que sea señor de ellos; lo mismo se verifica en el menor de edad, y en el marido en quanto à las fincas dotales (58), sin que el menor dexe de ser señor de sus bienes, ni el marido de de los de la dote.

(58) Instit. quib. alienare licet, vel non.

Para que sucediese en el Mayorazgo Doña Maria Francisca Caballero, era preciso, que tuviese el dominio, y señorìo de los bienes vinculados: es asi, que por el Voto de Pobreza està inhabilitada para tener alguna cosa propia, aunque sea de mui corto valor; luego no es dable, que estè capaz de suceder en dicho Vinculo: esta es una demostracion, porque la primera proposicion es de ley, como và acreditado: la segunda es tambien disposicion conciliar de la Santa Synodo Tridentina, y de las declaraciones, y Bulas posteriores, que se han tocado; la consequencia es preciso que sea verdadera como deducida de premisas, que tambien lo son: es principio de la arte silogistica, que *ex vero non deducitur, nisi verum*: no hai que recurrir, à que la citada Religiosa transfiere la posesion, y el dominio al Convento: esta translacion, ò la ha de hacer al tiempo de derivarse la posesion, y entonces es imposible executarlo, porque se halla incapaz de adquirir dominio, ò la executa en el acto de profesar, y entonces tampoco es factible.

Doña Maria Francisca Caballero por muerte de su hermana la Marquesa del Casar, para que tenga efecto su pretension de suceder en el Mayorazgo de Doña Elvira Varela, se ha de contemplar, que vino à ocupar el lugar de primogenita de su casa, y hai que considerar el derecho de primogenitura, y el de suceder en Mayorazgo: estos al tiempo de la profesion eran solo de esperanza, y pendìan de que su hermana no contraxese matrimonio, ò tomando estado de casada, ella, y sus descendientes, si los tuviese, premuriesen à la Religiosa: era llamada al Mayorazgo, como descendiente de Doña Beatriz Perfecta de Saavedra, hija de la Fundadora, y el llamamiento le daba un derecho de presente, que dependìa de causa de futuro: en aquel tiempo por el llamamiento solo podia tener una esperanza, y mui remota de suceder: no es ahora del dia tocar las muchas disputas, que promueven los Autores, sobre si semejante derecho de esperanza se puede ceder, si se comprehende en la cesion general de los bienes del cedente, ò si se necesita, de que se ceda expresamente (59), de

(59) D. Olea de ces. Jur. tit. 3. quæst. 10.

que

que tratò con bastante extension el Sr. Olea: lo del dia es, que el derecho de mayorìa de edad, ò de primogenitura no es de cederse, ni de traspasarse de la persona que lo goza: por mas titulos de translacion que se busquen, siempre el mayor de edad se quedarìa siendolo, y no podria suceder nunca, que el hermano mayor pasase à ser menor: en nuestro caso, aunque la Religiosa transfiriese à su Comunidad todas sus acciones, quedando todavia como viva para suceder, no podia faltarle la qualidad de que por muerte de su hermana quedàse de ùnica descendiente de Doña Elvira Varèla: *Et primogenium est naturæ, & ætatis nomen: ætatis autem jus, et prærrogativa personalissima est adeo osibus inhærens, ut nec cedi, nec transmiti possit* (60).

(60) Citat. D. de ces. Jur. tit. 3. quæst. 3. n. 6.

De este derecho de primogenitura nace, y se deriva el derecho de sucesion, yá sea por disposicion de la Ley, ò yà por la de hombres, en que se comprehende la de los Mayorazgos; èl puede cederse, y traspasarse de forma, que quede extinguido el derecho del cedente, con tal de que la cesion sea à favor del immediato sucesor del Vinculo: esta no es opinion, sino doctrina sentada entre los Regnicolas (61), y comprobada con el exemplar del primero de los Mayorazgos del Reyno, que es la Real Corona: el Señor Emperador Don Carlos V. la cediò para retirarse à hacer vida solitaria en el Monasterio de Yuste del Orden de San Geronymo, y la cesion fuè á favor de su Primogenito el Señor Don Felipe II.: la misma cesion hizo el Señor Don Felipe V., porque cansado con el insoportable peso de esta Monarquia, la renunciò à favor de su immediato el Señor Don Luis I.

(61) Citat. D. Olea dict. quæst. 3. n. 8.

Ceder el Mayorazgo á un extraño, serìa quebrantar el orden de suceder dispuesto por el Fundador, alterar las Leyes del Reyno, que no permitiendo, que el Mayorazgo salte de una familia en otra dentro de una misma linea (62), se le harìa saltuario en personas extrañas por medio de estas cesiones, dexando sin efecto los llamamientos, que hicieron los Fundadores; lo expuesto no necesita de muchas pruebas, y en el caso presente lo que se solicìta es, que el Mayorazgo salga de los llamados, pase al Convento, que es un extraño, y por muerte de la Religiosa Doña Maria Francisca Caballero, dè un salto à buscar las lineas, que estaban postergadas; lo que unicamente se puede traspasar à un extraño es, no la sucesion sino los frutos, y rentas del Mayorazgo, quedando elceden-

(62) D. Rox. de Almans. disp. 1. quæst. 1. §. 9.

te

te su verdadero poseedor (63): Doña Maria Francisca Caballero, ni antes de profesar, ni despues de haverlo hecho, podìa transferir al Monasterio el derecho de suceder; y si se verificàra su pretension, ella serìa la que poseerìa el Mayorazgo en su nombre, y en el de su Comunidad gozarìa de sus frutos, y rentas.

(63) Citat. Olea dict. quæst.3.

Es notable la diferencia que hai entre bienes libres, y los vinculados de España: en los primeros no hai dificultad, en que el Religioso transfiera á su Comunidad el derecho, que tenìa á ellos, porque es Real, que puede pasar à extraños, ò à quien se tenga por conveniente; en los segundos el sucesor no puede enagenar de sì el derecho de sucesion, y el dominio de los bienes vinculados, en que sucediò; asi, ò ha de tener èste dominio, lo que no es compatible con el Voto de Pobreza, ò no ha de suceder, y de la capacidad del Regular para adquirir bienes libres, no se ha de inferir, la que se pretende fundar en los vinculados de España: no dexò de conocer esta dificultad el Sr. Molina, y despues de haver defendido la sucesion de los Religiosos en los Mayorazgos, hizo cierta esepcion en los de España, y concluyò, con que ocurriendo èste caso, se debia resolver: *Quamvis in Majoratibus Hispanorum, qui in familiarum, ac memoriam conservatione versantur, & quorum vocationibus Monachorum succesio repugnat, hæc opinio non absque aliqua dificultate procedat propter institutorum contrariam voluntatem præsumptam: ideoque etiam inhac especie, cùm casus ocurrerit, deliberandum erit* (64).

Esto fuè conocer dicho Sr. Molina, que la sucesion de los Regulares en los Mayorazgos de España tenia sus dificultades; que no se havia de resolver por las reglas comunes, y necesitaba èste punto mas sèria reflexion: no es mucho que los Canonistas, y otros Autores extraños no pasen à hacer distincion de las Vinculaciones de nuestro Reyno, ò porque no paràron en ello la reflexion, ò porque estaban poco instruidos de su naturaleza, y reglas: no obstante, para convencer el asunto trataron otro punto, que se dà mucho la mano con los Mayorazgos de estos dominios: es el usufructo; porque del usufrutuario, que profesa en Religion, se duda, si el dicho usufructo pasarà al Monasterio del profeso, siendo capaz de poseer bienes: esta servidumbre es personal, y Justiniano la puso en las de esta clase (65): como tal no es dable, que pue-

(64) D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 13. n. 95.

(65) Ex tot. tit. Institu. de Usufruct.

pueda transferirse, y trasladarse á otra persona: el mismo Justiniano, tratando de la traslacion del usufructo, dice, que el usufructuario, *cedendo extraneo nihil agit* (66): el no hacer cosa alguna con la cesion, se ha de entender, no solo porque no tiene efecto, sì tambien porque es el medio, de que pierda la servidumbre, y se consolìde con la propiedad.

(66) §. 3. Institut. eod.

Asi lo entendieron varias Leyes Civiles, y que querer separar èste derecho de la persona à quien se concediò era perderlo (67): Pomponio tratò de còmo se havia de restituir á la muger, disuelto el matrimonio, el usufructo, que se concediò en dote al marido: dicha servidumbre se constituyò en su persona, y quererlo traspasar à otra, era perderlo el marido, y no ganarlo la muger: en esta imposibilidad discurriò el medio, de que se vendiese à la muger la utilidad del usufructo en un precio mui infimo, para que la percibiese, quedando el derecho formal en el marido (68). No hai qué cansarse en citar disposiciones de derecho comun, quando las hai patrias; la Ley de partida, tratando de los modos de acabarse el usufructo, estableciò fuese uno el cederlo el usufructuario, porque no pasaba al cesonario, y se consolidaba con la propiedad; despues dispone, que la utilidad de este derecho personalisimo se puede ceder, y traspasar (69): Los Autores disputan, si el usufructo formal se puede, ò no ceder; pero contra ley no se han de admitir dudas, ni opiniones: El Sr. Olea, tratando de esta variedad, dice, que es de voces, porque todos vienen à concluir en una misma cosa: los que juzgan, que el usufructo no puede salir de la persona del usufructuario, hablan del formal, y de aquel derecho personalisimo, que constituye la servidumbre, y los que opinan por la cesion, y traslacion, hablan de la utilidad, y commodidad; todos convienen, en que el usufructo formal no es capaz de salir de la persona del usufructuario, sino para juntarse con la propiedad, y tambien vàn conformes, en que el derecho util, ò la utilidad puede cederse, y renunciarse (70): la propia dificultad hai en la pension Eclesiastica, quando el Pensionario profesa en Religion capaz de poseer bienes; porque es un derecho personalisimo, que si lo conserva despues del Voto de Pobreza, falta á èl, y si lo traspasa à la Religion, lo pierde.

(67) L. vel si 15. D. famil. erc.

(68) L. Usufructu 66. D. de Jur. Dot.

(69) L. 24. tit. 31. part. 3.

(70) D. Olea de ces. Jur. tit. 3. q. 1. à n. 8.

Los Defensores de los derechos de las Comunidades Religiosas no niegan, que la pension se extingue por la profesion religiosa del pensionario (71): en quanto al usufructo, muchos qui-

(71) P. Suar. de Religion. tom. 3. lib. 8. cap. 13. n. 7.

quisieron, que por la profesion religiosa se extinguiese, y acabase como la pension (72): otros por el contrario creen, que pasa á la Religion; y para salir de la naturaleza personalisima del usufructo, se valen de afirmar, que hecha la profesion, el profeso posee el derecho formal no por sí solo, sino en Comunidad con el Convento (73): de este medio se siguen dos inconvenientes; uno contra el Voto de Pobreza, y otro contra la naturaleza del usufructo: el primero consiste, en que yâ el que profesò conserva algo propio contra la disposicion Conciliar, y disposiciones Canonicas, que ván citadas: en Roma hai una Congregacion dispuesta por el Summo Pontifice Innocencio XII. para conceder licencia à las Religiones, à fin de que puedan dàr habitos, y en cada triennio al tiempo de solicitar dicha gracia, los Prelados Regulares hacen una protexta por escrito, que pone Consina à la letra (74): en ella se afirma, que *omnia bona fratrum particularium, tum quoad omnes pecunias, tum quoad vestes, & alia, sive sint census vitalitiæ, sive eleemosinæ ex predicationibus, sive undequaque obvenientia, omnia sint confusa cum bonis, et redditibus Conventus, et ipsis incorporata juxta decreta sanctæ memoriæ Clementis VIII. & Innocentis XII. & sacræ Congregationis disciplinæ*: No se compadece bien con dicha protexta, que el profeso conserve suyo propio el usufrúcto formal, que debe estár incorporado, y hecho una masa con el Patrimenio del Monásterio: el Religioso nada ha de retener propio, y la distincion de que lo tenga en Comunidad, es un concepto metafisico, con que se destruiria la pobreza, pues lo propio se puede decir de los demás bienes.

(72) Multi citat. à Suar. loc. citat. n. 5.

(73) P. Eng. de Regul. §. 3. n. 37.

(74) Concin. in Sum. lib. 13. disp. 5. cap. 4. n. 12.

El otro inconveniente contra la naturaleza del usufructo se reduce, á que siendo una servidumbre personalisima, que no puede transferirse de la persona del usufructuario, se vè yà la traslacion, en quanto se comprehende, que el Monasterio tiene ya el usufructo formal, aunque sea en union con el Religioso; para sobstener esta doctrina es preciso recaer en los dos daños que ván notados: Conociendolo asi el P. Suarez (75), no pudo menos, que confesar, que la pension se extinguia por la profesion religiosa del Pensionario, dando por razon de diferencia, que su concesion fue para que la desfrutase el propio, y no otro sugeto: esta no es diversidad, y distincion, sino conformidad, è identidad de razon: el usufructo formal se estableciò para lo propio, y en ello consiste su naturaleza, en

(75) Citat. Suar. de Religion. loc. citat. n. 7.

lo que conviene el Mayorazgo, cuya sucesion por disposicion de ley, y por la de hombre contenida en la fuudacion, se radìca en la persona del sucesor, à cuyo favor tuvo efecto la fundacion, y para lo que se estableciò el Vinculo: si por la profesion del pensionario se extingue la pension, y por la del usufructuario ha de faltar el usufructo; por la del llamado al Mayorazgo se ha de acabar el derecho, que tenia para suceder.

Dice mas; y es, que por la profesion religiosa se transfiere al Convento el usufructo formal por especial favor, y privilegio de las Religiones, para lo que cita otros Autores: como no basta alegar el privilegio, sino se manifiesta, señala una ley de derecho comun (76). No es dable, que la disposicion civil establezca privilegio, que derogue la constitucion patria, quando por el contrario està prevenido en nuestro Reyno, que las Leyes Civiles no se aleguen como tales, sino por razones (77): la ley que se cita tampoco concede semejante privilegio, pues en ella solo se resuelve, que en las dudas, y questiones religiosas no se siga la rigorosa disposicion de derecho, y se añade, *summan esse rationem, quæ pro Religione facit*: està bien, que à favor de la Religion se siga la equidad, que no solo es propio de dicha materia: *In omnibus rebus placuit, potius justitiæ, et equitatis, quam stricti juris rationem sequi* (78): en investigar la constitucion del usufructo, nada se trata de Religion, ni se puede llamar equidad, destruir la naturaleza de las cosas, y las Leyes en que se fundan: la equidad, que quiere la ley, ha de ser tal, que se una à justicia, y dixo el Legislador, que se havia de buscar la razon de uno, y otro, y no se halla la segunda destruyendo las Leyes dispositivas, que previenen la substancia de los bienes, acciones, y derechos.

(76) Citat. Suar. de Religion. loc. citat. n. 6. citans l. sunt personæ D. de Relig. & sumptib. funer.

(77) L. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.

(78) L. 8. c. de Judic.

Por conclusion, para fundar, que la profesion religiosa hace pasar el usufructo formal á el Convento, no hai otro medio, que destruir la naturaleza de esta servidumbre, y alegar privilegio, que no hai, y para establecer el transito del Mayorazgo al Monasterio, será menester lo propio, con la diferencia, de que el usufructo acaba con la vida del profeso, y el Mayorazgo no, y la muerte del Religioso havrà de ser una nueva resurreccion suya, que es otro milagro: en estos tèrminos verà Doña Maria Francisca Caballero las dificultades, que ofrece su pretension, y que si esto sucede con el usufructo, pencion, y Mayorazgo, que llevaba à la profesion el Religioso, quanto mas dificil, ò imposible de *jure es*, que despues de pro-

feso

feso adquiera la sucesion, que pretende la susodicha en el Mayorazgo de Doña Elvira Varèla, vacante por muerte de su hermana.

CAPITULO II.

DE LAS ESPECIALES RAZONES, QUE HAI EN este Mayorazgo para excluir à dicha Religiosa.

EL fin de los Mayorazgos no es otro, que querer los Fundadores contribuir al lustre de su familia, y su conservacion, y á la perpetuidad de su nombre, y memoria: asi lo funda con innumerables doctrinas el Señor Castillo (1): no necesita de autoridades, y pruebas, porque asi lo protestan todos los Fundadores, expresando, que por ello contribuye á beneficio del estado, y de la Corona: solo por èstas razones defiende dicho Sr. Castillo, que en los Mayorazgos no pueden suceder los Religiosos, y sus Monasterios: à la verdad los Religiosos no pueden gozar Beneficios Eclesiasticos Seculares: asi lo dispuso el Santo Concilio de Trento; y hablando del Regular, establece, que *ad beneficia sæcularia etiam curata omnino incapax existat* (2): cómo la disposicion trataba del Religioso, que pasaba de un orden à otro, huvo motivo para que se diese lugar à la disputa, y se controvirtiese la inteligencia de esta Ley Canonica: para quitar dudas, la Sagrada Congregacion del Concilio declarò, que no era licito à los Regulares, aùn con licencia de su General, y sin permiso de la Silla Apostolica, gozar Beneficio alguno Curado, ò yà fuese temporalmente, ó yà con titulo, y perpetuidad; esta resolucion se aprobò por el Summo Pontifice Gregorio XIII. (3): porque aùn no fuè suficiente para quitar dudas, la Congregacion de Obispos, y Regulares por mandado del Summo Pontifice Clemente X. en 17. de Marzo del año de 671. declarò la incapacidad de los Regulares, cuyo Decreto se promulgò, y la Rota lo mandò guardar (4); la practica actual es, la detenerse a los Religiosos por inhabiles para qualesquier Beneficio Eclesiastico, grande, ò pequeño, simple, ò curado, y aùn para las Capellanias de sangre, para lasquales no se admiten sin dispensa de la Silla Apostolica, de cuya inhabilidad se exceptùan solo los Beneficios, que se llaman Regulares.

(1) D. Castill. tom. 3. cap. 12. à n. 57.

(2) Trident. ses. 14. cap. 11. de reformation.

(3) Pichler de præbend. & dignit. §. 4. n. 35.

(4) Citat. Pichl. loc. citát.

Cau-

Causa admiracion la diferencia, porque los Beneficios se establecieron, y fundaron con los bienes de la misma Iglesia (5), lo que es notorio, y no necesita de autoridades, ni pruebas; y los Mayorazgos por el contrario se fundan con bienes temporales, y profanos: el objecto, y fin de los beneficos es el servicio de Dios, y de aquel ministerio espiritual encargado al beneficiado: por el contrario el de los Mayorazgos es servir al Soberano, y á la Corona: en medio de esta diversidad un Religioso no ha de ser habil para obtener una Capellania de sangre de cincuenta ducados de renta, y ha de gozar Mayorazgos, que reditùen millares de ducados; si se atiende à las razones, que hai para fundar la incapacidad de los Regulares, se estrecha mas el punto; ellas son varias, pero todas favorecen el intento: algunos quieren, que la incapacidad proceda, de que San Pedro, Fundador de los Beneficios, fuè del Clero Secular (6): esta razon no es cierta, y el origen de dichos beneficios, fuè algunos siglos despues; si con èste respecto tiene lugar dicha incapacidad, la Fundadora del Mayorazgo, que se litiga, Doña Elvira Varela no fuè Regular, ni Religiosa, sino persona, que contraxo matrimonio, y tuvo descendientes, y por lo comun los Fundadores de Mayorazgos son personas seculares, y asi no ha de pretender la sucesion una Religiosa.

(5) Concin. in sum. lib. 12. discurs. 3. cap. 1. n. 1.

(6) P. Eng. Tract. de privil. Monast. privil. 45. n. 5.

Algunos dixeron, que como los Monasterios están dotados, y el Santo Concilio dispuso, que no tuviesen mas numero de Religiosos, de los que se podian mantener con su renta (7), no hai necesidad, de que se socorra à sus individuos con los beneficios (8): lo mismo milita en los Mayorazgos, y en el de que se trata, se debe suponer, que el Convento de San Clemente cumple con la disposicion Conciliar, y no mantiene mas nùmero de Religiosas, que aquel à que se extienden sus rentas; y como la dotacion de sus bienes existe, no hai causa, que pida la habilidad de sus Religiosas para gozar Mayorazgos, y para que Doña Maria Francisca Caballero haya de poseer el que se litiga. Otros fundaron la incapacidad del Religioso en el Voto de Pobreza (9): yà de ello se ha dicho lo suficiente: no se puede omitir, que à la dicha Doña Maria Francisca Caballero en el acto de su renuncia, su Padre el Marquès del Casal ofreciò darle docientos ducados de renta mientras viviese, para que ocurriese à sus necesidades religiosas, y los està gozando con el aumento de cien ducados, que le dexò su

(7) Trident. ses. 25. de Regularib. cap. 3.

(8) Citat. Pichler loc. citat.

(9) Nicol. Garcia de Benefic. part. 7. c. 10. à n. 38.

su hermana la Marquesa: despues ganò en Pleito, que siguiò con el Marquès de Villamarta, el Mayorazgo, que fundò Doña Sebastiana de Bohorques; y ahora litiga èste, y otros; lo que no se quiere que se oponga à la pobreza religiosa; y ha de decir contradicion, y repugnancia, que un Regular goze una Capellania de sangre de corta renta: estos extremos no se pueden unir: por ultimo, la Sagrada Congregacion del Concilio, que en el año de 581. declarò la inhabilidad de los Regulares para los Beneficios, dà por razon, que semejantes cuidados los apartarian de la vida religiosa, que profesaron: este es el motivo de más consideracion, porque en èl se fundò un Tribunal de tanto respecto, y porque su determinacion se aprobò por la Silla Apostolica, (10): de aqui se infiere, que no es componible, que à un Religioso lo pueda divertir de su Instituto el cumplimiento de una corta Capellania, que por lo comun se administra por las Fabricas de las Iglesias de su situacion, y no les ha de servir de impedimento el manejo de Mayorazgos, la administracion, y cobranzas de sus bienes, y rentas, el cuidado de su conservacion, y otras cargas, que trahen consigo, que son agenas del estado Religioso, y todas propias de las Personas Seculares, que fueron las que tuvieron presentes los Fundadores.

(10) Pichler. cit. loc. n. 35.

Lo expuesto procede mas bien para el Mayorazgo de Doña Elvira Varela, para el qual estàn escluidos los Religiosos: no hai que detenerse en lo licito de esta exclusion, porque no mira à separar, y retraer los animos, de que sigan la vida mas perfecta, que sin duda lo es la Religiosa; el motivo es la conservacion de las Familias seculares, con cuyo fin se hacen dichas fundaciones (11): la practica, y costumbre de semejantes disposiciones hace, que no se pueda dudar de su legitimidad: el Sr. Castillo, tratando de la sucesion de los Regulares, sienta por regla principal, que lo que se ha de vèr es, si estàn, ò no excluidos, porque estandolo, no hai lugar á la duda, y se ha de cumplir la voluntad del Fundador: *Primus igitur casus, et indubitabilis sit, quando Monachus, Religiosus, Monialis, aut Monasterium expresim à succesione excluditur, sive in Majoratu succedere prohibetur; tunc namque, cum in claris simus, non est locus dubitationi, nec aliter inquiri oportet, non etiam licet inspicere, an Monasterium sit capaz bonorum in communi, et universali, vel incapax sit* (12): por èste mis-

(11) D. Molin. de prim. cap. 12. n. 54. D. Covarr. & alii cum P. Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 207. n. 14.

(12) D. Castillo tom. 3. cap. 12. n. 36.

mo

mo principio cita los muchos Autores, que pueden vèrse, y aùn añade, que no se necesita, que la exclusion sea expresa, y es lo suficiente que sea tacita, y resulte de congeturas violentas, que manifiesten, qual fuè la voluntad del Fundador, siguiendo en esto à los principales Regnicolas (13).

A la verdad, las obras son mas firmes que las palabras, y la Ley Civil dixo, que *multo enim amplius est, id facere, quam pronuntiare*: en la Disposicion Canonica se dixo, que *plus sit ad sedem Apostolicam facto pronuntiare, quam verbo* (14): con èste respecto no hai motivo para que sea necesario, que la exclusion de los Regulares en los Mayorazgos, sea expresa, y es suficiente la tacita: lo expuesto es mui conforme à la legislacion de estos Reinos: tratandose de excluir el derecho de representacion en los Mayorazgos, se quexò el Reyno, de que esto se fundaba en argumentos, y congeturas, con las quales se querìa explicar la voluntad de los Fundadores, y para su remedio se dispuso, que solo se excluyese, porque expresamente se dispusiese asi en la fundacion, desterrandose en esta parte las presunciones (15): toda esepcion es regla segura, de que la ley quiere en los demàs casos lo contrario: à èste proposito dixo Neracio: *Nam qui hæc exepit non potest non videri de cæteris rebus, quæ in ea esse sensisse* (16): excluir la ley la interpretacion de la voluntad de los Fundadores por argumentos, presumpciones, y conjeturas solo en materia de representacion, fuè aprobarlas para los demàs casos.

(13) D. Castillo loc. cit. n. 11. D. Covarr. lib. 1. variar. cap 19. n. 11. D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. n. 95.

(14) L. Si tamen 48. §. ei qui D. de ædilit. Edict. cap. Dilecti Filii 52. de Appelation.

(15) L. 14. tit. 7. lib. 5. recop.

(16) L. Quæsitum 12 §. 43. D. de instruct. vel instrum. legat.

Por esta causa toda la disputa podrá consistir en vèr, què argumentos, y congeturas han de verificarse, para que se pueda deducir la exclusion de los Religiosos: el Sr. Castillo enseña, que han de ser fundar Mayorazgo de rigorosa agnacion; querer la conservacion de su familia, y que en ella permaneciesen los bienes vinculados, ò gravar á los Poseedores con la obligacion de usar del Apellido, y Armas de los Fundadores: qualesquiera de estas clausulas trahe una formal exclusion de los Regulares: por esta doctrina cita al Sr. Molina, al Sr. Covarruvias, y à otros innumerables (17): en ello no puede ocurrir especial dificultad, porque es doctrina corriente de los Regnicolas aprobada por todos los Tribunales de España, que en los Mayorazgos hai incompatibilidad tacita inducida por la clausula de Apellido, y Armas; quando concurren dos Mayorazgos, en los quales mandaron

(17) D. Castill. loc. citat. n. 54.

daron los Fundadores, que el Poseedor usase en primer lugar de su Apellido, y pusiese sus Armas en el sitio mas superior de su Escudo; esto no se puede cumplir, porque el lugar primero, y el sitio superior son unos, y los Mayorazgos dos, y es indispensable, que los dichos Vinculos se excluyan, y sean incompatibles (18): La incompatibilidad es una voluntaria prohibicion, que excluye el concurso de dos Mayorazgos perpetuamente: *Est quædam à principio voluntaria prohibitio, obvians apud eumdem possesorem concursum plurium Majoratum in perpetuum* (19): esta definicion del Sr. Roxas de Almansa manifiesta, que la clausula de Apellido, y Armas arguye incompatibilidad de dos Mayorazgos, que tengan dicho gravamen, y no incompatibilidad temporal, sino perpetua, porque no se puede cumplir en un Poseedor: y como tampoco el Religioso puede cumplir dicha condicion, no es extraño, que la misma clausula sea exclusion suya.

El Sr. Roxas de Almansa tratò mui de proposito el punto, y defiende, que la exclusion del Religioso no se puede deducir de la clausula de Apellido, y Armas, que tenga el Mayorazgo (20): es preciso venerar la autoridad de tanto defensor; pero èl mismo confiesa, que en las questiones, y disputas no se ha de atender à la multitud de Autores, sino á la fuerza, y eficacia de la razon (21): no se puede negar, que un hombre tan grande creyò, que favorecìa à la vida religiosa, con lo que verdaderamente se ofende, y lastima un estado de tanta perfeccion: es prueba de esta verdad, que tratando del Mayorazgo, que tiene la obligacion de domiciliarse, y vivir en determinado Pueblo, defiende tambien, que esta clausula no es exclusiva del Religioso, aùn quando su Religion no tenga casa, y Convento en el lugar señalado; haciendose cargo de la necesidad de cumplir la fundacion, dice, que puede hacerlo, fixando alli su residencia con licencia de sus Prelados, que aunque se la concedan temporal, se la irán prorrogando de forma, que le dure toda la vida: *Quamvis vero dicatur Prælatos facultatem similem concedere non posse, ut Monachus perpetuo extra claustra habitet, quia quodammodo esset liberare eum á clausura, quam professus fuit, ut docent Thom. Sanch. lib. 6. cap. 7. n. 82. Julius Capon. dict. tom. 2. discept. 130. n. 16. in fin; poterit tamen Prælatus talem licentiam præstare Monacho pro certo tempore,*

(18) D. Rox. de Almans. de incompatib. d. 1. q. 1. §. 2. n. 23.

(19) Citat. D. Rox. q. 2. n. 10.

(20) D. Rox. disp. 2. quæstion. 5.

(21) D. Rox. loc. citat. n. 10.

pere, istoque transacto, pro alio determinato concedere, & sic quilibet Prælatus pro suo tempore poterit (22).

(22) D. Rox disp. 2. q. 6 n. 66.

Se ha puesto el caso à la letra, porque solo asi se puede hacer creible semejante modo de pensar de un hombre tan docto, y que no podia ignorar las repetidas disposiciones de los Concilios generales: en el Lateranense se prohibiò expresamente, que los Religiosos viviesen fuera de clausura, aunque fuese con motivo de servir en Iglesias Parroquiales: la cura de almas, que es una causa tan privilegiada, no se tuvo por suficiente, *nec soli inter Sæculares hostium conflictum spectent* (23): En el General de Viena se reitèra la propia prohibicion (24): y el de Trento, confirmando estas disposiciones, añade, que para que el Religioso saliese de su Monasterio, havia de ser llamado por su Superior, y llevando licencia por escrito; y que los que fuesen á estudiar à las Universidades, havian de morar en los Conventos de su Orden (25): todo esto pesò menos al Sr. Roxas de Almansa, que el que se dixese, que por tener el Mayorazgo la dicha obligacion, estaba excluido de suceder el Religioso, y opinò, que podia dexar su clausura por toda la vida por medio de licencias temporales, que fuesen perpetuas por virtud de las prórrogaciones citadas.

(23) Cap. Monachi 2. de Stat. Monac.

(24) Clement. Ne in agro §. quia vero de Stat. Monach.

(25) Trident. ses. 25. de Regular. cap. 4.

De esta clase se podian formar otros argumentos para conocer, que tratandose de la sucesion de los Regulares, éste Autor escribiò con especial favor á ellos; se omite, porque es suficiente lo expuesto, y mas reflexionados los motivos en que funda su opinion: dice, que el Religioso està llamado ciertamente por el Fundador, y por la ley, y que la exclusion es dudosa, por la variedad de opiniones de los Autores, y no ha de prevalecer contra el llamamiento: es necesario que el Autor explique como se puede componer, que el llamamiento es cierto, y la exclusion dudosa: ser uno llamado, y no llamado al Mayorazgo en una misma vacante, es inmediatamente contradictorio; y lo mismo es ser llamado, y excluido, solo con la diferencia de explicar la falta de llamamiento, ò por una negacion, ò por una palabra negativa: lo que se ha de decir es, que aunque por la fundacion estè llamado el primogenito del Poseedor, que falta, si es Religioso, està dudoso dicho llamamiento; y entonces el argumento es contra la opinion citada, porque el primogenito tiene un llamamiento dudoso, y el segundo se halla con el cierto, y es pre-

preciso que èste suceda, pues para excluirlo era necesario que huviese persona que tuviese tambien derecho cierto.

De igual clase es la especie, de que el Religioso pueda usar del Apellido, y Armas, poniendolas en el sello con que sellase las cartas, y que es necesario, que cumpla esta condicion del mejor modo posible; esto ultimo es verdad, pero es indispensable que lo haga con arreglo á la voluntad del Fundador; y se puede discurrir si su intencion podria ser, que se cumpliese con el sello de las cartas (26): lo mismo sucede con decir, que entonces se excluirià al Monje de todo Mayorazgo, porque estas fundaciones trahen consigo dicha obligacion, quando no expresa al menos tacita, que es de la misma virtud; esto es arguir con lo propio que se disputa; y asi, *præmissa venia tanto Doctori debita*, se ha de decir, que la dicha clausula es exclusiva, de que puedan suceder Religiosos en tales Mayorazgos; pues asi lo dicta la razon, y esta es la opinion seguida de todos los Regnicolas, exceptuando alguno otro, que quiso singularizarse: èste modo de opinar està aprobado por los Tribunales de España (27); aunque las Executorias hacen poca fuerza al Sr. Roxas, son de mucha autoridad, pues nadie la tiene para interpretar la ley, sino los Tribunales superiores.

(26) Citat. Rox. de Almans. disp. 2. quæst. 5. n. 12. 15. & 19.

(27) Thom. Sanc. in præcept. Decalog. tom. 2. de Stat. Relig. lib. 7. cap. 15. à n. 22. D. Hieronym. de Leon decis. Valent. lib. 3. decis. 31. per tot.

Aqui corresponde hacer memoria del capitulo 7. de la Real Cedula de 22. de Enero del año proximo pasado de 84. expedida á favor de los Regulares del Orden extinguido de la Compañia: en èl declarò S. M. que los ex-Jesuitas Sacerdotes tenian capacidad para suceder en Vinculos, ò Mayorazgos, que no tuviesen particular prohibicion por su estado en la fundacion: con esta Real determinacion cree Doña Maria Francisca, que està yà declarado el Pleito à su favor, y se engaña: en los Mayorazgos puede haver exclusion del Religioso, y del Clerigo: la una es mui distinta de la otra: de ello resulta, que los ex-Jesuitas han tenido dos estados, uno de Regulares en el Orden extinguido, y otro de Eclesiasticos Seculares: si en uno, y otro eran capaces de suceder estaba demàs, que se declarase su capacidad actual: esta declaracion quiso decir, que havia yà faltado en ellos aquella inhabilidad, que causò su Voto de Pobreza, y solo les quedaba la que podia producir su estado Clerical, y que en èl huviese prohibicion de suceder: como la Real Cedula no dice, que la prohibicion sea expresa, es consiguiente inferir,

que

que es mui sobrado, que la haya tacita, deducida de dicha fundacion: mejor le huviera sido à Doña Maria Francisca no haverse acordado de esta Real determinacion, que arguye la incapacidad de los Regulares, y que no se necesita de prohibicion, y exclusion expresa: quiere Doña Maria Francisca satisfacer estas dificultades, y dice, que en la Religion de la Compañia del Nombre de Jesus havia Regulares profesos de votos solemnes, que eran incapaces de suceder, y que todos tenian el impedimento del extrañamiento: en quanto à lo primero yà se dixo en el principio la diferiencia de estados, que componia este Orden Religioso (28): si la Real Resolucion declarò la capacidad de los que no la tenian, no se puede con esta Real deliveracion arguir sobre la capacidad de que no habla la Real Cedula: S. M. tratò indistintamente de todos, y comprehende à los que estaban en estado de Escolares, y solo havian hecho los votos simples: si estos adquirieron capacidad por la extincion de su Orden, se deduce que antes no la tenian: *Quod meum est amplius meum esse non potest* (29): No se puede entender, que tuviesen habilidad para suceder en Estado Regular, y que la adquiriesen de nuevo desde la extincion: si la Real Cedula lo declara asi de los profesos con votos simples, no queda lugar de disputar con los que los hicieron solemnes, como Doña Maria Francisca: En quanto á lo segundo. S. M. no dixo, que les dispensaba el extrañamiento, y la falta de naturalidad, y solo declarò su capacidad, para los que no tuviesen exclusion, y fuè decir, que antes no la tenian, y que no se necesitaba de expresa prohibicion.

(28) Constit. Ascendente Gregor. XIII.

(29) §. 10. Instit. delegat.

Pasando à registrar el establecimiento dè estè Vinculo, la Fundadora Doña Elvira Varèla dispuso el Mayorazgo por contrato entre vivos, y en la escritura previno expresamente, què hacìa la fundacion, para que Doña Maria Paula Caballero su nieta segundo genita de su hija Doña Beatriz Perfecta de Saavedra, y los hijos, y descendientes de la dicha Doña Maria Paula Caballero, tuviesen renta vinculada, con que mantenerse en el lustre, que requerìa su calidad; en otra parte explicò, que su animo era, y havia sido, que los segundos de su casa se mantuviesen con el lustre, y desencia que correspondìa, y que asi en paz como en guerra pudiesen servir à los Reyes nuestros Señores; esto no fuè solo protesta, porque lo asegurò con la Religion del juramento; y ultima-

mente

mente quiso, y mandò, que la Doña Maria Paula, à cuyo favor se hacia la fundacion, y los demás poseedores, usasen del Apellido de Varèla.

En vista de estas disposiciones, no hai necesidad de detenerse en buscar el fin, que tuvo la Fundadora en la fundacion: ella misma manifiesta, que fue el de conservar el lustre, y explendor de su casa, y la conservacion de su familia: ni hai que parar la consideracion en la defensa, que hace con empeño el Sr. Roxas de Almansa en los Mayorazgos, que trahen la obligacion de Apellido, y Armas, para no excluir á los Religiosos, como se ha visto: lo que se nota es, que la litigante, que al principio en sus pedimentos se nombraba Sor Maria Francisca Cavallero, despues olvidò esta humildad propia de su estado, y usò del nombre de Doña Maria Francisca Caballero, porque le aconsejarìan, que esta variacion convenìa para conformarse con la fundacion: lo que es digno de consideracion consiste, en que de la clausula de Apellido, y Armas, de la obligacion de residir en cierto Pueblo, del cargo de agregar el poseedor al Vinculo el tercio, y quinto de su caudal, y de otras disposiciones semejantes, se duda si son compatibles con el Estado Religioso: de la obligacion, de que los poseedores asi en paz como en guerra se mantuviesen capaces de servir à la Corona, no se ha ofrecido disputa alguna en orden à que no es compatible con el Estado Religioso; ni puede ofrecerse duda, pues està à la vista la repugnancia, que dice con el Estado Monacal: Doña Elvira de Varèla lo dispuso asi: y esto es lo suficiente, para que se entienda excluída Doña Maria Francisca Caballero: de las demàs obligaciones de los Mayorazgos se ha dicho, que no es necesario cumplirlas á la perfeccion, que es suficiente usar las Armas en el sello de las Cartas; que el Religioso puede vivir fuera de su Convento con licencia, y se buscan otros medios semejantes: para que cumpla el cargo de servir à S. M. en la paz en los empleos civiles, y en la guerra en los Militares, no se encuentra medio: la Ley prohibe, que se dèn los cargos de la republica á los que se llaman à la Corona (30), y no ha de tolerar, que los Militares se dèn á los Religiosos: podrá decirse, que las hembras no pueden cumplir estas obligaciones, y no estàn excluìdas, que es una de las razones del Sr. Roxas: la diferencia està clara: la hembra se halla habil para tomar estado, y haciendolo, puede tener descendientes, que cumplan la obligacion

(30) L. 10. tit. 3. lib. 1. recop.

gacion

gacion de su madre: no asi el Monje, que por todos respectos no es capaz de evacuar dicha obligacion.

Conociendose lo expuesto, se dice, que el Mayorazgo del Pleito fuè fundado de tercio y quinto, en el qual con arreglo à la Ley de Toro, no es dable, que tacita, ni expresamente se excluya al descendiente legitimo, aunque sea Religioso, para que suceda un transversal, que es lo que pretende Don Josef de Saavedra: la disposicion patria diò la forma de disponer estos Mayorazgos, y serìa faltar à ella, ordenar la referida exclusion (31): en esta dificultad en primer lugar se ofrece, que Doña Elvira Varèla no fuè la verdadera Fundadora, aunque se le nombre por tal: ella fuè unicamente Comisaria de Don Martin de Saavedra Marmolejo su cuñado, que le dexò su caudal para èste fin: no se ha negado, que el citado Don Martin dexase por heredera à Doña Elvira Varèla; y el comunicato, y que fuese para el fin de fundar Mayorazgo à favor de Doña Maria Paula Caballero su sobrina, lo declarò la misma Doña Elvira, y que le havia ordenado, que la susodicha añadiese à la fundacion lo que quisiese del tercio y quinto de su caudal: no se necesita de mas prueba, para acreditar el asunto: Doña Maria Francisca Caballero pretende suceder, y no ha de oponerse à la confesion, de la que fundò el Mayorazgo, que solicìta, hecha en la misma fundacion: del heredero dispone la ley, que no pueda oponerse á los contratos que hizo el testador, si quiere aceptar la herencia (32); porque no parece bien, que el dueño le dexase su caudal, y el agradecimiento fuese disputarle sus acciones; lo dicho no solo procede en las herencias, sino tambien en las mandas, y legados; siempre que el hijo aprueba el testamento del Padre, en que fuè exheredado, no puede quexarse de la exheredacion: no se necesita, que la aprobacion sea expresa, y es mui suficiente la tacita, que consiste en percevir, y tomar la cantidad, que se le dexò (33): aqui no hai motivo para creer, que Doña Elvira de Varèla faltase à la verdad, quando la susodicha, dueño de sus bienes, podìa vincular su tercio, y quinto, sin necesitar del titulo de fideicomisaria de su hermano politico Don Martin de Saavedra Marmolejo; esta disputa no puede moverse en el dia, ni sobre ello se puede oìr á la Religiosa, que por el mismo hecho de pretender la sucesion del Mayorazgo, es visto aprobar la fundacion: no es dable, que despues de esta aprobacion resista la confesion, que hizo

(31) Citat. D. Rox. D. Castill. tom. 3. cit. cap. 12.

(32) L. 24. tit. 13. part. 5.

(33) L. 6. tit. 8. part. 6.

hizo la Fundadora : tiene tambien la qualidad de estàr hecha à presencia de Doña Beatriz Perfecta su hija unica, è interesada en el caudal de dicha su Madre, la qual le diò gracias, y se obligò à que la fundacion se cumpliese de su tercio, y quinto, siempre que no tuviese cabimento en el de su Madre: por èste medio vino tambien la dicha Doña Beatriz à contestar la certeza de la dicha confesion, y hai esta prueba de ella.

Verificado yà, que Doña Elvira Varela tuvo necesidad de fundar Mayorazgo con el caudal de Don Martin de Saavedra su cuñado, falta vèr lo que executò; en la misma fundacion declarò, que la herencia del dicho Don Martin pasò de 6ɥ. ducados, y lo que vinculase à más de dicha cantidad, serà caudal con que contribuyò al Mayorazgo: el Vinculo se dotò con dos Fincas, que son el Cortijo llamado de Anton Baca, término de Carmona, y unas Casas Meson nombrado de la Espada, en la Plaza de la Villa de Utrera: dichas dos alhajas apènas podian cubrir los 6ɥ. ducados del caudal de Don Martin de Saavedra; el Cortijo en el año de 624, en las particiones de Doña Catalina Maldonado, se adjudicò á Don Juan de Saavedra en 6ɥ. ducados, de que se ha de rebajar el capital de un censo de 340. reales de renta, cuyo principal supèra el precio del Meson, que està cargado con quatro tributos, que importan 114. reales de renta; yà se conoce, que las dos Fincas de la dotacion del Vinculo no componen los 6ɥ. ducados de la herencia de Don Martin de Saavedra.

Ahora no se trata de fundar el fideicomiso, porque yà està hecho: la Comisaria, à quien comunicò su voluntad, dispuso la fundacion: la duda està unicamente en si se ha de entender hecha del caudal del Comisario, ò del Testador, que la mandò hacer: el Fideicomiso no necesita de màs prueba, ni puede tener mejor justificacion, que la confesion del Fideicomisario, aunque sea extrajudicial (34): El Emperador Justiniano estableciò especial Ley para ello (35): Doña Elvira Varela no dixo solo, que Don Martin de Saavedra le havia declarado, que su voluntad era vincular su caudal; tratando de la vinculacion expresò, que lo mismo le comunicò Don Martin de Saavedra su primo: semejante expresion del comunicato dice mas, que la simple declaracion de la voluntad, principalmente haviendo antes hablado de la vin-

(34) Citat. D. Castill. tom. 5. cap. 69. §. Rursus pro eadem sententia.

(35) §. Ultim. justit. de fidei comm. hæreditat.

vinculacion, y significa, que esto quedò cometido á dicha Comisaria, que por ello tiene èste nombre.

Es verdad, que la Fundadora manifestò, que fundaba el Mayorazgo de su tercio, y quinto, y esta disposicion no destruye el comunicato de Don Martin de Saavedra: el deudor, que lega à su acreedor la cantidad de su credito, no quiere decir, que con el legado se extinguiò la deuda, y siempre el testador queda deudor, y su heredero ha de pagarle al legatario (36): solo adquiere el acreedor la utilidad de agregar à la accion de su credito las nuevas del legado, y tener mas seguridad (37): el disponer Doña Elvira Varèla, que el Mayorazgo se fundase de su tercio, y quinto, no fuè vincularlo, sino asegurar la subsistencia de la vinculacion, y señalar caudales ciertos, para que se cumpliese la comunicacion de Don Martin de Saavedra: era deudora de aquella fundacion, y aquel capital se debia sacar de la masa de su caudal; el Mayorazgo se havia de fundar à favor de una nieta segundo genita, que tal lo era Doña Maria Paula Caballero, y su hermana podia en algun tiempo arguir, que no constaba del comunicato de Don Martin de Saavedra, mas que por la confesion de su Abuela, que no le pudo perjudicar en su legitima: esta es opinion mui sentada (38): para evitar litigios, fuè cautèla mui prudente separar à su hija su legitima, y disponer, que del tercio, y quinto se satisfaciese la obligacion del comunicato de dicho Don Martin: con el mismo fin ordenò, que aprobase la disposicion Doña Beatriz Perfecta de Saavedra, hija unica de la Fundadora, la qual expuso, que no cabiendo la vinculacion en el tercio, y quinto del caudal de su Madre, se supliese del suyo: esto no pudo hacerse por temor, de que no tuviese cabimento el Vinculo en el caudal de Doña Elvira Varèla: la susodicha declarò en la Fundacion, que su Hacienda ascendìa á 70ʒ. ducados, y su quinto, y tercio llegarìa à mui cerca de 33ʒ: no podìa haver recelo, de que en esta cantidad cupiese un Vinculo, cuyos bienes llegaban solo à 6ʒ. ducados, ò algo menos: Lo expuesto fuè otra precaucion, de que se usò, para la seguridad; interviniendo dicha Doña Beatriz Perfecta en la fundacion, aprobando el comunicato, y consintiendo la vinculacion con obligacion de su tercio, y quinto, quedaba el asunto seguro, como asi es: esto que fuè medio de buscar la firmeza del Mayorazgo, y que se evitasen litigios, no ha de ser titulo para

(36) L. 19. tit. 9. part. 6.

(37) Vinn. in §. 14. Instit. de legat. n. 5.

(38) D. Gregor. Lop. in leg. 24. tit. 13. part. 5. glos. entonces.

ra que se defienda, que la Fundacion fuè del quinto, y tercio Doña Elvira Varèla, y no del caudal de D. Martin de Saavedra.

En el caso de ser la fundacion del tercio, y quinto del caudal de Doña Elvira Varèla, se debe entender excluida Doña Maria Francisca Caballero: las clausulas del Mayorazgo producen dicha exclusion, y legitimamente se puede prohibir en estos Vinculos la sucesion de Religiosos, y Monjas: no faltan Autores nuestros de mucho peso, que lo defienden asi (39): el Sr. Castillo quiso decir, que dichos Defensores no respondìan á la principal dificultad, que està en quien ha de suceder en lugar del descendiente excluido á titulo de Religioso: Lo expuesto no tiene reparo, porque haviendo facultad para la exclusion, sucederà el siguiente, que segun la fundacion tenga derecho de suceder: la mayor parte de los Regnicolas opinan contra la dicha exclusion, siguiendo la regla dada por el Sr. Roxas de Almansa, y por el Sr. Castillo: tratando de opiniones no nos ha de detener el nùmero de los Patronos, y el objeto se ha de poner en buscar la razon.

(39) D. Covar. lib. 1. variar. cap. 19. n. 11. Mier. de Majorat. part. 2. quæst. 3. ex. n. 1. Flor. Diaz de Men. lib. 1. variar. quæst. 16. § 2. n. 5.

Toda la que se señala es decir, que la Ley 27. de Toro diò reglas para las fundaciones de tercio, y quinto, y señalò la forma de hacerlas, que precisamente se ha de observar; previniendo la Constitucion el orden de los llamamientos, y que primero han de suceder los descendientes legitimos, despues los naturales, que à estos han de seguir los transversales, y en ultimo lugar han de venir los extraños; se opone inmediatamente á la disposicion, variar dicho orden de suceder, y que à titulo de la exclusion del Religioso descendiente venga à suceder el transversal: siendo èste el fundamento de todos los que defienden el partido, havian de decir lo que se ha de hacer quando el Religioso abraza la Religion, donde se profesa pobreza en comun, y en particular, y explicaràn, si el Fundador puede excluir à semejantes Monjes: es cierto, que el Religioso no muere naturalmente por profesar con Voto de Pobreza en comun, y en particular: la Ley es la misma, la forma para el orden de suceder es la propia; pues porquè causas en esta exclusion no se quebranta la ley, y sì en la otra?

Podrá decirse, que profesando el Religioso pobreza en comun, y particular, su profesion causa una muerte civil, y se equipára à la natural, y la Ley no puede mandar, que se haga llamamiento á favor del que no es, y se halla yá casi muer-

muerto; lo expuesto es verdad, y lo mismo se ha de decir del Religioso, que hizo Voto de Pobreza en particular: èl, como se fundò en el capitulo primero, se halla incapaz de suceder en los Mayorazgos de España, y no se puede decir, que la ley en el orden, que estableciò, quiso, que se llamase al incapaz, y que no hacerlo es quebrantar la disposicion: si bien se mira la exclusion del Religioso, no se causa por el Fundador; sino porque èl mismo voluntariamente la quiso, renunciando el Mayorazgo por tomar estado, en que no puede suceder: lo mismo que hacen el usufructuario, y el pensionario, que por la profesion religiosa pierden por una tacita renuncia el usufructo, y la pension como và demostrado: Lo dicho no es nuevo modo de discurrir, sino antiguo, y tomado de los Autores contrarios: el Sr. Roxas de Almansa defiende, que en el Mayorazgo de tercio, y quinto, puede el Padre poner clausulas de incompatibilidad: haciendose cargo de la Ley de Toro, y que esto es faltar á ella, responde, que *eorum exclusio potius ab ipsis, quam à fundatore proveniat ex eo, quia nolunt dimitere alium Majoratum quem possident* (40): si esto sucede con la incompatibilidad, y por ello no es contra la Ley 27. de Toro, porquè no sucederá lo mismo con la del Religioso, que voluntiaramente renuncia al Mundo, y profesa pobreza, cuyo voto lo hace incapaz de suceder? Por ultimo, el punto depende de graduar si el Religioso es, ò no incapaz; siendolo la Ley no puede mandar se le llame, que serìa hacer un imposible, y como se ha acreditado bastantemente la incapacidad, su exclusion ha de tener lugar aùn quando el Mayorazgo se contemple fundado de tercio, y quinto.

(40) D. Rox. disp. 2.q.3. à n.19. in fine.

CAPITULO III.

QUE LE OBSTA A DOÑA MARIA FRANCISCA SU renuncia.

DOña Maria Francisca Cavallero antes de su profesion hizo renuncia formal en tiempo, y forma, conforme à lo dispuesto por el Santo Concilio de Trento (1); obtuvo la correspondiente licencia del Ordinario, y con ella pasò à renunciar: la renuncia no fuè particular, sino universal de todos los bienes muebles, raices, semovientes, dinero de contado, joyas, plata labrada, piedras preciosas, deudas, derechos, acciones,

(1) Tridentin. ses. 25. de Regular. cap. 15.

ciones, y otras cosas de qualesquier especie, y calidad, que sean, que le huviesen tocado, y pertenecido, y le tocasen, y le perteneciesen en adelante: esta es una disposicion universal, que viene regida de la expresion general de renunciar todos los bienes; y la explicacion de otras cosas de qualesquier especie, y calidad que sean, es universal: el Sr. Castillo dice, que por ella se determinò en èste Tribunal un Pleyto en que se dudaba de la extension de cierta renuncia (2): *Probatur etiam ex verbis quovis modo, & quocumque modo, quæ sunt universalia, & omnia comprehendunt, similia in quam, & disimilia; æqualia, & majora expresis*: tratase ahora del derecho de suceder en Mayorazgos: sea esto semejante á los bienes que se expecifican, ò tengase por desemejante, por mayor, ò por menor, si la renuncia empezò con la generalidad de todos los bienes, y despues contuvo la generalidad de ser de qualesquiera otras cosas, que le pertenecian, ò pudiesen pertenecerle, no se puede dudar, que dicha sucesion se incluyò en la disposicion, que comprehenciò *similia, & disimilia æqualia, et majora expresis.*

(2) D. Castill. tom. 4. cap. 34.

La renuncia se extendiò expresamente á todos los derechos de la renunciante; tenia entonces el de suceder, que ahora deduce, aunque en aquel tiempo mas remoto; luego està, y se debe entender renunciado: la primera proposicion es de la misma renuncia: la segunda està manifiesta, pues ahora solicita el derecho, que dice le corresponde por la fundacion, y la consequencia es legitima: por otro modo: Doña Maria Francisca Caballero renunciò los derechos, que le perteneciesen en adelante: se ha verificado en la sucesion del Mayorazgo de Doña Elvira Varèla; luego se halla verdaderamente renunciado: esta argumentacion tiene las mismas pruebas, que la antecedente; y una, y otra demostracion acreditan, que la instancia presente se opone immediatamente à la renuncia, y trata de destruirla: No se contentò Doña Maria Francisca con renunciar en dichos tèrminos; para quitar toda dificultad, explicò, que renunciaba sus legitimas Paterna, y materna, y otras qualesquiera herencias, y transversales sucesiones, mandas, legados, dadivas, donaciones, derechos à Patronatos, ù otras distintas cosas, que por qualquier razon le toquen, y pertenezcan, y tenga derecho hasta hoi, ò en adelante.

El Mayorazgo se fundò por contrato entre vivos por Doña Elvira de Varèla, y por ultima voluntad por Don Mar-

tin de Saavedra: si se estima la fundacion por de dicho Don Martin, es una herencia fideicomisaria, y si se juzga por Doña Elvira, es una donacion intervivos; y uno, y otro se halla renunciado expresamente: tambien se renunciaron los derechos á Patronatos, que se han de estimar en orden al derecho de sucesion de la misma naturaleza, que los Mayorazgos; asi los estimò la Ley Patria, mandando que las reglas de suceder en unos, y otros fuesen las mismas (3), y renunciados los unos, se han de entender tambien los otros: no parò en ello la renuncia, porque se extendiò à los derechos de qualesquiera otra cosa que perteneciese à la renunciante, ò pudiese pertenecer; si en esta expresion no se entienden los Vinculos, no se alcanza, que se pueda comprehender en ella: sobre todo, Doña Maria Francisca renunciò expresamente las sucesiones: no se ha de entender, que aqui hdblò de las herencias, porque antes las havia renunciado expresamente, quando dixo, que renunciaba qualesquiera herencias: en hablar de las sucesiones algo añadiò, y no podia hablar de las dichas herencias ex-testamento, ó abintestado, de que yà tenia tratado; con que, ò se ha de decir, que estas expresiones están demàs, y son superfluos, ò que hablò de otras sucesiones legales: tales son las de los Mayorazgos, que con èste nombre se conocen, y se tratan en nuestras Leyes (4); y al inmediato se le llama sucesor; dixo, que estas sucesiones havian de ser transversales, pues su Madie havia yà muerto, y sus Abuelos, y de su Padre no esperaba suceder en Mayorazgo alguno; pues tenia primogenita; dichas sucesiones solo podian verificarse por muerte, yà de su hermana, yà de algunos otros parientes, y eran verdaderamente sucesion de transversales.

(3) L. 14. tit. 7. lib. 5. recop.

(4) L. 5. & 6. tit. 7. lib. 5. recop.

Faltò que dixese, que renunciaba el derecho de suceder en los Mayorazgos de su Casa, lo qual no es rèparo; lo universal de la renuncia, y las expresiones particulares de ella manifiestan sin genero de duda, que se comprehendieron dichos derechos: *Nihil referre :: proprio nomine res apeletur, aut digito ostendatur, aut vocabulis quibusdam demonstretur* (5): no hai acto màs solemne que el testamento, y con todo aunque el testador se errase en el nombre, si consta por otra parte de la persona del heredero, ò del Legatario, vale la herencia, y el legado: dà la razon la ley: *Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest*: Lo mismo determina la

(5) L. Certum est 6. D. de Reb. credit.

Ley

Ley de partida (6): no puede servir de estorvo, que Doña Maria Francisca Caballero no hiciese renuncia del derecho, que podia tener á los Mayorazgos de su casa; quando la hizo universal de todo lo que podia pertenecerle, y renunciò el derecho à sucesiones transversales, Patronatos, y qualesquiera otra cosa.

(6) L. 9. tit. 9. part. 6.

En la renuncia se tratò de hacer un acto permanente, y podia morir el Marquès del Casar Padre la Renunciante, y asi se dispuso, que fuese à favor del susodicho, y de sus herederos, y sucesores, ò de quien su derecho representáre; causa admiracion, que una renuncia tan universal, clara, y expresiva dè lugar al Pleito, que se sufre: se dice, que en estas renuncias no se han comprehendido los Mayorazgos, que no competìan por causa de presente, y que muerto el Renunciatario, vuelven los derechos al Renunciante: es de advertir, que hai derecho de futuro, que procede de causa de presente, y otro, que procede de causa tambien de futuro: de la primera clase es el contrato condicional, que promete un derecho, que será, si se purifica la condicion; esto nace de la obligacion condicional, que se celebrò, y es causa de presente; de la segunda es la esperanza de la herencia de un extraño; acto que verdaderamente depende de la voluntad del testador (7): la sucesion del Mayorazgo de Doña Elvira Varèla erá para la renunciante derecho de futuro; podia verificarse con el tiempo, y procedìa de causa no de presente, sino de preterito, pues nacia de la fundacion del Mayorazgo, que se dispuso muchos años antes, que la profesion, y renuncia de la Religiosa: hecha la fundacion, todos los llamados adquieren derecho seguro para suceder cada uno en su tiempo, y lugar (8): contemplando en esta clase el derecho de Doña Maria Francisca Caballero, lo que resta que vèr es la extension de su renuncia; si esta fuera solo de los derechos presentes, y futuros, podia tener lugar la disputa; como comprehendiò no solo los futuros, sino los que tenia, y podia esperar, no hai duda en que entonces se renunciaron los derechos futuros ex causa de presente, de cuya clase es el Mayorazgo.

(7) D. Olea de Ces. jur. tit. 3. quæst. 1. à n. 4.

(8) Guzm, verit. 6.

Las dudas expuestas se han tocado, por no dexar consentidas las alegaciones contrarias: en lo demás està bien que se dispute lo que se comprehende en una renuncia general, pues en la particular no se ha dudado, que se contienen aquellos especiales derechos, de que se tratò, y es lo que aqui se ofrece: la renuncia, que hizo, para profesar Doña Maria Francisca Caba-

llero,

llero, fuè genèral, y particular, y especificamente se hablò de las herencias; no ha pretendido, ni pretenderá hasta ahora la Religiosa derecho alguno hereditario: tambien se hablò de los Mayorazgos en las sucesiones transversales, que se renunciaron, y los derechos de Patronatos, que se cedieron: la renuncia comprehendiò los derechos presentes, y los que se esperaban, ò podian verificarse, y entonces no hai duda de que comprehende derechos futuros, que procedan de causa de presente.(9)

(9) D. Olea de Ces jur. citat. loc. n. 21.

La renuncia no faltò porque huviese muerto el Marquès del Casar renunciatorio, pues la Religiosa no pudo renunciar la utilidad, y renta del Mayorazgo, pues no lo tenia; el derecho de suceder solo lo pudo pasar al immediato, que despues de Doña Maria Francisca Caballero lo es Don Josef Arias de Saavedra, como se fundò en el Capitulo 1. de esta Alegacion: la inmediacion està executoriada, porque en los Mayorazgos de Quebrado, y Arriasa, que se litigan, pretendiò se le declarase por inmediato, y se le señalasen alimentos, y obtuvo con citacion de la Marquesa, que lo consintiò, y el que entonces lo era, ha de ser tambien ahora actual sucesor, pues la sucesion debe pasar al inmediato: Renunciò la Religiosa à favor de su Padre, el qual como extraño, y no llamado en la Fundacion, no podia adquirirlo; por lo que se dixo quando se tratò de que este derecho de suceder no podia pasar al Monasterio: la renuncia, que hizo Doña Maria Francisca, solo sirviò de acabar en ella el derecho, que renunciaba, y no de que pasase al Renunciatario; lo mismo sucede con el Usufructuario formal, que cede à un extraño el usufructo, que no pasa al extraño, y lo pierde el cedente, pues se consolida con la propiedad: en fuerza de la renuncia que dò de inmediato de la Marquesa D. Josef Arias de Saavedra, y no se alcanza, porquè medio el derecho extinguido de la Religiosa vuelva à resucitar, quando la susodicha no se halla habil, y capaz: para que los Cautivos recuperasen sus derechos, se concedieron privilegios (10); y á este fin estaban suspendidos, y no perdidos: si Doña Maria Francisca huviera solo renunciado las utilidades, y rentas del Vinculo, las huviera gozado su Padre, y por su muerte las huviera recogido como poseedora del Mayorazgo: esto no lo tenia, ni lo pudo renunciar, y lo que no quiso conservar, fuè el derecho á dicha sucesion transversal de su hermana la Marquesa; haver llegado el caso, de que suceda como inmediato D. Josef de Saavedra, no ha de ser motivo, para que en perjuicio suyo haya de darse una resurreccion milagro-

(10) Ex tot. tit. de Captiv. & post lim. revers.

lagrosa del derecho, què tenia extinguido la Religiosa.

Se disputa, si cedido el Mayorazgo, muerto el Cesonario sin hijos, podrà el cedente volverlo à adquirir (11): no es del caso detenerse en resolver semejante duda, que no es del Pleito, que se litiga; aqui no se cediò el Vinculo, sino el derecho de suceder; no tuvo otro motivo la cesion, sino querer la Religiosa observar la Pobreza, que iba à profesar, y en el dia se halla inhabil, è incapaz de adquirir, lo que perdiò; con que no hai para què disputar aquella duda, que no ha de dàr reglas para el Pleito; es verdad, que algunos juzgan (12), que el Religioso, que renunciò sus legitimas en toda forma, si ascendiere à la Dignidad de Obispo, adquiere el derecho, que havia renunciado: esta opinion habla viviendo la Madre, y haviendo renunciado á favor del Convento, del qual se aparta por medio de su Dignidad: lo que ahora se pretende es, que la Religiosa continuando como tal, vuelva à adquirir el derecho de sucesion, que renunciò, y en que hai tercero que tenga derecho adquirido: la Religion de la Compañia del Nombre de Jesus faltò por haverla extinguido la Silla Apostolica, y en el Cap. 10. de la Real Cedula de 22. de Enero del año proximo pasado, manda S. M. queden en su fuerza, y vigor las renuncias, que al tiempo de su profesion hicieron aquellos Regulares, bien fuesen à favor de sus Casas, y Colegios, ò en beneficio de parientes, ò extraños: no se alcansa como se ha de unir dicha resolucion con el presente litigio: en ella, faltando la Religion, y las obligaciones, que al tiempo de profesar contraxeron los Regulares, se declaran subsistentes las renuncias, y en el Pleito, existiendo el Orden Religioso, la profesion, y los votos, quiere Doña Maria Francisca, que falte la renuncia, y pretende recoger lo que renunciò.

Yà se conoce que la renuncia no tiene defecto que se le pueda oponer; antes bien, para su mayor solemnidad, se interpuso en ella la Religion del juramento: no se puede negar, que la hace de mayor eficacia, pues en los contratos, y obligaciones donde huvo nulidad, el juramento suple los defectos, que tengan (13): esto es disputable, y lo que no tiene duda es, que el juramento produce una obligacion de Religion distinta de la del contrato: la Ley Civil dispone, que interviniendo juramento, no se pregunte, si se debe, sino si se jurò: *Dato jurejurando, non aliud quæritur, an juramentum sit, remisa quæstione an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando* (14): la Ley Ca-

(11) D. Olea tit. 3. q. 4. n. ultim.

(12) Barbos. in Concil. Tridentin. ses. 25. cap. 16. n. 17.

(13) Gutierr. de Juram. part. 1. cap. 57. à n. 19.

(14) L. 5. D. de Jur. jur.

Canonica en la obligacion de pagar usuras, siendo tan odiosas por derecho, manda, que si *de ipsarum solutione juraverint, cogendi sunt, Domino reddere juramentum.* Es extraño, que Doña Maria Francisca, olvidando su juramento, pretenda ir contra la renuncia: si dixera, que no havia renunciado el derecho de suceder en el Mayorazgo, estaba mui bien, que propusiese esta defensa; como le havia de convencer el contenido de la renuncia, dice, que yá ha adquirido, lo que renunció lo qual es oponerse á la perpetuidad de aquel acto, en que interpuso el juramento.

(11) D. Olea tit. 3. q. 4. n. ultim.

(12) Barbos. in Concil. Tridentin. ses. 25. cap. 16. n. 17.

Ultimamente, alega la Religiosa la Executoria, que obtuvo sobre el Mayorazgo de Doña Sebastiana de Bohorques, que se le declaró sin embargo de la renuncia, y sin que lo impidiese su profesion, y estado, se ha de hacer cargo, que por exemplares no se ha de juzgar: alli pudieron concurrir circunstancias, que pidiesen aquella terminacion: tambien está á favor de D. Josef de Saavedra la Executoria del Mayorazgo de Diego Caballero, por lo qual espera ahora el mismo D. Josef, que se revoque la providencia del Juez Ordinario, y se le declare la sucesion de este Mayorazgo, protextando, que *omnia dicta S. R. E. tantique Senatus correctioni subjiciuntur.* Sevilla, y Enero 22. de 1785.

Dr. Nicolàs Josef de Herrera.

Con arreglo à el Memorial Ajustado está conforme con el Hecho, que de èl resulta.

L.do Solano.